سلسلة
الفكر
الإسلامي
٣

موسوعة المسؤولية في الشريعة الإسلامية

تأليف
عبد السلام التونجي
دكتوراه في علم الشرائع والحقوق

منشورات
جمعية الدعوة الإسلامية العالمية

الطبعة الأولى

1423 من ميلاد الرسول ﷺ الموافق 1994 ميلادية

منشورات
جمعية الدعوة الإسلامية العالمية

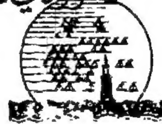
طرابلس - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

موسوعة المسؤولية في الشريعة الإسلامية

تأليف

عبد السلام التونجي

دكتوراه في علم الشرائع والحقوق



منشورات

جمعية الدعوة الإسلامية العالمية

بسم الله الرحمن الرحيم

إني رأيت انه لا يكتب إنسان كتاباً في يومِهِ إلاّ قال في غدِه : لو غُيِّر هذا لكان أحسَن . وَلو زيد كذا لكان يُستحسن . وَلو قدّم هذا لكان أفضل . وَلو ترك هذا لكان أجمَل . وَهذا مِن أعظم العبر ، وهوَ دليل على استيلاء النقص على جملة البشر .

العماد الأصفهاني

البابُ التمهيديّ

الإنسان في هذا الوجود مخلوق ملتزم، بسلوك معين، واجب الاتباع فرضه عليه وجوده فإذا حاد عن هذا السلوك المطلوب أضحى مسؤولاً، ولكن ما هو السلوك الواجب الاتباع وما هو معياره؟ هذا وإذا كان الانحراف عن السلوك واجب الاتباع بتوجب المساءلة فمن هو صاحب الحق في هذه المساءلة؟ هل هو المتضرر الذي لحقه الضرر من هذا السلوك المنحرف؟ ثم ما هو مصدر هذه المساءلة في الشريعة الإسلامية كل هذه الأمور تثور أمام الإنسان عندما تطرح فكرة المسؤولية.

من هذا المنطلق إذن نجد أنه لا يمكن لأي إنسان أن يكون حراً في تصرفاته دون اتباع سلوك معين يفرضه عليه وجوده في الحياة مع بني جنسه فإذا انحرف عن هذا السلوك ترتبت المسؤولية نتيجة هذا الانحراف وفقاً لما تقرره مبادىء الشريعة الإسلامية.

هذا كما يرى فقهاء القانون، أن الإنسان إذ تتعلق به الحقوق يلتزم بالتزامات، كل هذا نتيجة وجوده وسلوكه في الحياة، فالإنسان إذ يعقد العقود، فهو يتصرف بإرادته، ويبرم ما يشاء من العقود التي تنشىء له حقوقاً وترتب عليه التزامات والأمثلة في الحياة كثيرة في هذا الشأن فالمرء إذ يعقد عقد بيع. أو عقد إيجار، أو يصدر عنه فعل ضار، أو فعل نافع، أو يلتزم بإرادته المنفردة التزاماً ما، أو يفرض عليه القانون التزاماً بنص كنفقة الأولاد على أبيهم أو نفقة الأب على أولادُه، كل هذه التزامات

تواجه الإنسان في مسيرته في الحياة، وعلى هذا فالالتزامات تتم نتيجة حالة قانونية، وجد فيها الإنسان بإرادته، أو بإرادة الشارع، بمعنى أن الإنسان تحكمه قواعد قانونية ومجموع هذه القواعد تشكل نظرية الالتزام في القانون، وعلى هذا يمكننا أن نعرِّف نظرية الالتزام بأنها مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم فنظرية الالتزام الأن هي العمود الفقري في القانون المدني.

ومهما يكن من أمر هذه النظرية بما لها وما عليها فهي ليست مجال بحثنا في موضوعنا «مؤسسة المسؤولية» إنما بحثنا وإن كان يدخل في نطاق المعاملات وهو إذ يمت بصلة إلى الإلزام والالتزام إنما هو في نطاق الشريعة الإسلامية. لهذا فإننا سنؤصل في بحثنا هذا مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، فما هي إذن أسس المسؤولية في الشريعة الإسلامية؟

ـ الشريعة الإسلامية:

هذه الشريعة، تضم من مصادرها الأساسية، القرآن وهو وحي من عند الله، نزل منجماً على رسول الله ﷺ تشريعاً خالداً محيطاً بكل شيء في مختلف المواضيع، عقيدة عبادة، ومعاملات، وأخلاق، كما يتحدث عن وقائع فيها عظة وعبرة وتوجيه، كما يحتوي على أجوبة لأسئلة تطرأ، أو حالات تقتضي الحل، قد يوجهها الصحابة أو غيرهم إلى رسول الله ﷺ فينزل الجواب شافياً ومرشداً. قال تعالى مرشداً إلى وجوب اتباع الرسول ﷺ والاهتداء بهديه: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾[1].

على أن الشريعة إذ كان القرآن مصدرها الأول فهي لم تنقطع بانقطاع الوحي بل بقي القرآن معمولاً به.

هذا كما أن ما يحفظه الناس عن أقضية رسول الله ﷺ كان المصدر

(1) سورة الحشر، الآية: 7.

الثاني لهذا نلاحظ أن الأحداث والوقائع والتصرفات، يحكمها هذان المصدران أي القرآن والسنة. وقد بقي الأمر كذلك، حتى في عهد الخلفاء الراشدين، فقد كانوا يستقصون الحلول، ويتتبعون في كل حدث أو واقعة، ما هو في كتاب الله وسنة رسوله، وإن لم يجدوا فيها حلاً، بحثوا عن الحل عند أهل الشورى والرأي، أي الشورى والاجتهاد، إذ ورد عن ميمون بن مهران فيما أخرجه البغوي عنه أنه:

«كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم، نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم، قضى، وإن لم يكن في الكتاب نظر في سنة رسول الله ﷺ فإن وجد في ذلك سنة قضى بها» فإن أعياه خرج فسأل المسلمين، أتاني كذا وكذا.. فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك قضاء؟ فربما اجتمع إليه النظر كلهم، يذكر فيه عن رسول الله ﷺ قضاء. فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على شيء، قضى به. وكان عمر رضي الله عنه، يفعل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسّنة نظر: هل كان فيه لأبي بكر قضاء؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء، قضىٰ به، وإلا دعا رؤوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به»[1].

هذه النظرة بحدودها ومعاييرها. سار عليها الصحابة والتابعون رائدهم في ذلك ما فعله أبو بكر وعمر، وهو التوصل إلى الحكم عن طريق الكتاب والسنة أو الشورى، أو الاجتهاد.

ولا شك أن هذا السبيل هو الطريق الواضح لإيجاد الحلول للأحداث والوقائع، إذ كان الناس يقيسون على أحكام الوقائع بنظائرها مما لا نص عليه في الشريعة وهذا ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في كافة المواضيع بما فيها موضوع المسؤولية التي ترتب الضمان.

---

(1) عبد اللطيف السبكي، ومحمد علي السايس، ومحمد يوسف البربري، تاريخ التشريع الإسلامي ص 87 ط 2 مطبعة الشرق الإسلامية القاهرة 1939.

ـ نظرة الفقه الإسلامي في الفتوى والرأي.

لا شك أن نظرة الفقهاء كانت عملية من خلال الوقائع والحوادث التي تعرض لهم فيجدون الفتوى والحكم فيها في ضوء القرآن والسنة أو قياساً على النصوص، فيعبرون عن ذلك بالرأي. وهذه القاعدة أوجبها صحة الرأي وأصالته. وإلى هذا أشار عمر بن الخطاب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري محدداً قاعدة عامة في أصول الوصول إلى الرأي السليم إذ قال:

«الفهم الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في قرآن ولا سنة».

«واعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمور بعد ذلك، ثم أعمد».

«لأحبها إلى الله واثبتها بالحق فيما ترى.....»[1].

ومع ذلك، فالرأي كان مطرداً في التأصيل والتفريع عند عدم وجود النص من كتاب أو سنة، ويقاس عليه، أو يتبع في حادثة أخرى، وفي جميع الأحوال، فهو رأي، والرأي مشترك، وإلى هذا أشار عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، فقال: السنة ما سنه الله ورسوله. ولا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة[2].

فالفقهاء إذن كونوا ثروة في الفتاوى نتيجة البحث والنظر والتأصيل، والتفريع والمقايسات والمفارقات، وما ينتج عن أحكام نتيجة اختلافات بينهم، كان أساسها اجتهادهم ومراعاتهم لأعرافهم وتقديرهم للظروف والملابسات عند إنزالهم الأحكام على ما عرضوا له، أو عرض عليهم من الأحداث مع الاسترشاد بالأصول العامة للشريعة الإسلامية والقواعد الكلية الفقهية المستمدة من استقراء الأحكام الشرعية وتتبعها في المجالات المختلفة، اتسعت جوانبها وتباعدت حدودها وأطرافها، كما تعددت موضوعاتها، واختلفت اتجاهاتها، لا سيما والنوازل كثيرة، والوقائع

---

(1) المؤلف مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية، ص 23.

(2) محمد الخضري؛ تاريخ التشريع الإسلامي، ص 109.

والأحداث غير متناهية، فمن البديهي أن نقل النصوص فيها بعدما كثر ما حدث من تطورات وتغيرات، ظهر أثرها في الاختلاف الشديد في الأحكام بين الفقهاء، ومرد ذلك، أن للفقهاء طرقاً عدة في البحث، فمنهم من كان يقف بالآلية اللفظية للنص الوارد في أصل التشريع، ومنهم من كان ينظر إلى العلة التي بنى الحكم عليها، فيحكمها، ويقيس النظير على النظير، ومنهم من كان يحكم المصلحة التي جاءت لها الشريعة الإسلامية وكثيراً ما كانوا يرجعون في ذلك إلى ما تدل عليه العادة وترشد إليه ظروف الحياة التي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص.

ولعل هذا الاختلاف في طرق البحث أو التتبع والاستقصاء قد أدى إلى اختلاف المذاهب في الفقه الإسلامي حتى في المذهب الواحد إذ كثرت فيه الآراء والنظريات، والناظر في مذهبي المالكية والحنفية يجد أمثلة كثيرة لما بني من الأحكام على المصلحة والعرف، وقد أحدث كل ذلك للفقه الإسلامي ثروة تشريعية واسعة النطاق عظيمة الأثر[1].

هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن هذه الثروة التشريعية تعطي مرونة بتطور الزمن مما يجعلها مواكبة لكل عصر، وصالحة لكل زمان ومكان، ما دام القرآن خالداً على مدى الدهر، قال تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَـٰفِظُونَ ۝٩﴾[2].

هذا بالاضافة إلى الثروة الفقهية التي تداولها الناس جيلاً بعد جيل، وقد صنفت ودونت بأبواب مختلفة مضافاً إليها الأحكام والحوادث والوقائع الحسية القائمة أو المفترضة بإضافات جدت وأفتى بحكمها. وبهذا أصبحت هذه المدونات الفقهية مرجعاً هاماً، وهكذا تكون الفقه الإسلامي بأبوابه العديدة يحتوي كتباً عدة منها كتاب البيع، وكتاب الإجارة، وكتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الضمان وهو موضوع بحثنا في

(1) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة ص 411.

(2) سورة الحجر، الآية: 19.

المسؤولية. لهذا نجد أن المتتبع للفقه الإسلامي يجد ضالته في كل مسألة تعرض أو يتصور وقوعها. إذ الفقه الإسلامي في غالبه عالج أموراً واقعية وأوجد لها الحلول المتفقة مع أصول الشريعة وقواعدها الأساسية، لهذا لا نجد واقعة لا حكم لها، أو لنظيرها في الفقه الإسلامي.

هذا ومن أهم أمهات هذه المجموعات الفقهية منها قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام عز الدين عبد السلام الفقيه الشافعي المتوفى عام/ 660/ هـ وهو كتاب ليس لأحد مثله جمع فيه قواعد الأحكام الشرعية، كذا كتاب الفروق لأحمد بن إدريس القرافي المالكي المتوفى عام 682 هـ. وكذا كتاب القواعد لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى عام 796 هـ وكذا كتاب الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي المتوفى عام 911 هـ وكذا كتاب القواعد الفقهية لنجم الدين الطوفي الحنفي المتوفى عام 716 هـ.

هذه المجموعات وأمثالها أنارت الطريق أمام الباحثين الحديثين ودفعتهم لوضع نظريات، وكتب فقهية في مقدمتهم الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه الجريمة والعقاب وكتابه الملكية والعقد، وكذا الأستاذ علي الخفيف في كتابه المعاملات وكتابه الملكية وكتابه في الضمان، وغيرها، وكذا الأستاذ محمود شلتوت في كتابه الإسلام عقيدة وشريعة.

هذا كما صدرت موسوعات علمية فقهية كالموسوعة الفقهية التي أصدرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، وقد تضمنت أسس الفقه وفروعه، إلى جانب موسوعة أخرى فقهية ظهرت في مصر، في ضوء المذاهب الأربعة وغيرها، وهكذا ضبطت أحكام الفقه الإسلامي في هياكل موسوعية وأبنية فقهية جمعت قواعده، بحيث أضحى من السهل الرجوع إلى أحكام المسائل الأصلية والفرعية في كل باب أو كتاب فقهي.

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي إذ هو مجموعة من الأحكام والوقائع والأحداث المادية والحسية أو الافتراضية فإن هدفه إظهار الحكم الشرعي لكل مسألة في أمور الدين والدنيا وخاصة فيما يتعلق بأمور الدين فهي مبنية

على الاعتقادات والآداب والعبادات والمعاملات والعقوبات على اختلاف أنواعها. القصاص وحد السرقة، والزنا، والقذف، والردة[1]. كما أن المعاملات بعمومها هي التصرفات المشروعة سواء كانت قولية أو فعلية. فهي من المعاوضات المالية والمناكحات، والمخاصمات والأمانات والتركات.

وعلى هذا فإن المعاملات تختص بالتصرفات المشروعة، كما أن العقوبات تختص بالأفعال المحظورة؛ هذا وإذا كانت المعاملات تقوم بين الناس نتيجة تصرفات فهي ترتب التزامات، وإن كان الأمر كذلك، فما هو مفهوم الالتزام في الشريعة الإسلامية.

ـ الالتزام في الشريعة الإسلامية:

استعمل الفقهاء لفظ الالتزام في الشريعة الإسلامية وضربوا الأمثلة في مفهومه بحيث يفيد انشغال الذمة بدين ما ففي عقد البيع مثلاً يتخلف عنه دين بتسليم المبيع، ودين بدفع الثمن، ففي هذا العقد إذن يوجد عوضتان يقابله التزامان، وهو التزام دين بدين أي التزام دين إلى أن يتم التقابض، وإذا كان المبيع عيناً والثمن ديناً، كان التزام الدين في مقابله نقل ملك العين[2]. وكذا في الالتزام بالضمان يتحقق على الناس على وجه السوية، فالعبد بالتزام ضمان المال كالحر. وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه[3]. وكذا التزام المودع بالوديعة، فهو يضمن بدلالته على الوديعة «لأنها مباشرةً خيانة على ما التزمه من الحفظ بالتضييع، فصار ضامناً بالمباشرة دون أن يضمن بفعل المدلول مضافاً إليه بطريق التسبيب[4].

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 1 ص 81.

(2) عز الدين عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج 2 ص 78.

(3) شمس الدين السرخسي ـ المبسوط ج 27 ص 11.

(4) عبد العزيز البخاري ـ كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي ج 4 ص 1300.

هذا وقد يكون الالتزام مترتباً نتيجة تسبب الضرر تجاه المتضرر فإذا هلكت الوديعة في يد المودع خول المالك حق طلب التضمين لإجبار الضرر الذي لحق به ويقول الكاساني في هذا الخصوص: «لو أودع الغاصب المغصوب فهلك في يد المودع تخيير المالك في التضمين، فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لأن يتبين أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن المودع يرجع على الغاصب، لأنه غره بالإيداع، فيرجع عليه بضمان الغرر، وهو ضمان الالتزام في الحقيقة.[1]

هذا كما ويكون الالتزام في ضمان ذمة المدين تجاه الدائن، إذ هذا الالتزام إذ يصدر عن الضامن فهو بذلك ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق. فيثبت في ذمتهما جميعاً هذا والضمان في حقيقته في ضمان الأعيان «إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا ما يصح ضمانه كعهده البيع، فإن ضمانها يصح، وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه، إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً»[2].

وكذا الالتزام بالنفقة الزوجية، فكل زوج ملتزم بالإنفاق على زوجته. هذا كما يترتب الالتزام نتيجة الترك وهذا يعني الإهمال إذ الأصل الالتزام بالحفظ صراحة أو دلالة ويقول صدر الشريعة في هذا الصدد:

«المودع إنما يضمن بترك الحفظ الذي التزم»[3].

وينقل ابن عابدين: «إنه إذا انفتق زق رجل فأخذه رجل بغيبة مالكه، ثم تركه ضمن، لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة»[4]

وكذا الجناية، فيلتزم الجاني المقر فيها في ماله الخاص، وإلى هذا

---

(1) الكاساني - بدائع الصنائع ج 7 ص 145.

(2) ابن قدامة - المغني ج 5 ص 70.

(3) صدر الشريعة - متن التنقيح ج 2 ص 138.

(4) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج 4 ص 754.

أشار الميداني فقال: «كل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله، ولا يصدق على عاقلته، ويجب حالاً لأنه التزمه بإقراره»[1]

نلاحظ في هذه الأمثلة أن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوا لفظ الضمان أن الضمان يترتب في الذمة نتيجة الإخلال بالعقد، أو ارتكاب جناية أو فعل ضار هذه الالتزامات في الأمثلة المذكورة التي تختلف فيها مصادر الالتزام، إنما تتعلق بذمة الإنسان، لهذا يحسن أن نحدد مفهوم الذمة، كما نحدد معنى الالتزام ومصادره التي هي من فعل الإنسان، ثم نحدد موقع المسؤولية في الشريعة الإسلامية من خلال مصادر الالتزام أي من خلال السبب الشرعي للمسؤولية.

ـ الذمة في الفقه الإسلامي وعلاقتها بالمسؤولية

الذمة هي أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الإلزام والالتزام[2]، هذا الأمر الشرعي من البديهي أنه يفترض الشارع وجوده في الإنسان. وبهذا وتبعاً له يصير الإنسان أهلاً للإلزام والالتزام، أي أنه صالح ليتمتع بالحقوق، كما هو صالح لترتب الواجبات عليه، هذه الصلاحية التي ذكرناها، يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب بهذه الأهلية يوصف الإنسان بصلاحيته للحقوق والواجبات الشرعية.

وهكذا نجد أن الذمة لا تنفصل عن الأهلية، بل هي وثيقة بها ولصيقة فيها، في ضوء ما ذكرناه نجد أن الضمان الناجم عن المسؤولية عامة يترتب في ذمة من تترتب عليه المسؤولية.

فالذمة إذن بإطلاقها، إنها متصلة بالإنسان ومتعلقة به، طالما أنها وصف تصدر عنها الحقوق والواجبات، هذه الذمة تلازم الإنسان بحكم حياته، وهي لا تقتصر على نشاطه الاقتصادي أي لا تقتصر على صلاحية

---

(1) عبد الغني الميداني ـ اللباب في شرح الكتاب ص 289.

(2) الحموي ـ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج 2 ص 611.

الإنسان للتملك والكسب فقط، بل هذه الصفة تصدر عنها الحقوق والواجبات جميعها حتى وإن لم تكن مالية، كالصلاة والصيام والحج، كما وقد تكون الذمة ذات صفة مالية دينية، كنصاب الزكاة وصدقة الفطر، والعشر والخراج. وعلى هذا فالذمة بتعلقها بنفس الإنسان فهي تبدأ معه وهو جنين، فتكون ذمته قاصرة، فهو يرث بها، ويوصى له، ويوقف عليه، حتى إذا ولد حياً اكتملت هذه الذمة تدريجاً بحيث يضحى مكلفاً بالعبادات ومسؤولاً عن المعاملات، كما وتترتب عليه الحدود إذا هو حقق مساءلة ما، نتيجة تصرفه، أو نتيجة واقعة تمت من قبله أو بسببه. هذا والذمة مختلف في بقائها بعد وفاة الميت ولا شك أن هذا الخلاف له أثره في المسؤولية.

فعند المالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بموت الإنسان، فإذا ترك الميت مالاً تعلقت ديونه بذمته وإلا سقطت ذمته، على أن الشافعية والحنابلة يرون أن الذمة بعد وفاة الإنسان تبقى إلى أن توفى ديونه. ومرد هذا. أن الميت بنظرهم قد تترتب ديون بعد وفاته، كما لو باع رجل عيناً معيبة فردت بعد الوفاة لهذا السبب فتعتبر في هذه الحالة ذمته مشغولة بثمن هذا المبيع بمعنى أن انشغال ذمته مرده إلى مسؤولية البائع العقدية نتيجة لإخلاله بشروط العقد وهو خلو المبيع من العيب. ففي هذه الحالة تبقى ذمة الميت مشغولة، لأن الدين يضحى معلقاً بذمته، وكذلك تحقق انشغال ذمة الميت نتيجة لفعله الضار. مثال ذلك، لو حفر الإنسان وهو حي حفرة في الطريق العام فسقط فيها بعد موته رجل وتلفت متاعه، ففي هذه الحالة فإن ذمة الميت تضحى مشغولة بالضمان، وعلى هذا، فإن هذا الضمان هو دين في ذمة الميت ولو لم يكن له مال، ومع ذلك، فإن ترتب أي دين في ذمة الميت لا يحول دون نقل التركة وتمليكها للورثة بمجرد الوفاة.

ويرى الأحناف أن الذمة بعد الوفاة تتلاشى ولا تبقى، ولكنها تخرب ويقويها أن يترك الميت مالاً أو كفيلاً بدينه، فإن لم يكن للميت مال ولا

كفيل سقط الدين. ولا يجوز عندهم في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت.

أما من قال بأن الذمة تبقى غير خربة، فيجوز في هذه الحالة كفالة دين الميت بعد موته، وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت، أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة: قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت. وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك[1].

ـ معنى الالتزام

الالتزام مصطلح استعمل في القانون كما استعمله فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم وموسوعاتهم الفقهية. فيقال التزام المشتري بدفع ثمن المبيع يقابله التزام البائع بتسليم المبيع هذان الالتزامان مصدرهما عقد البيع كل التزام إذن يتم نتيجة تصرف قانوني وهو عقد البيع وكذا في المسؤولية. يقال من تسبب بضرر للغير يلتزم بالتعويض فالتعويض هنا توجب نتيجة الفعل الضار الذي قام به الفاعل وهو الإضرار لغيره قصداً كان أو خطأً. فهذه الأضرار الناجمة عن الفعل الضار توجب مسؤولية الفاعل عن فعله وبالتالي يلتزم بإصلاح الضرر عن طريق التعويض، فالتعويض إذن نشأ عن العمل غير المشروع من هذين المثالين نلاحظ: أن علة الالتزام في التصرف القانوني في المثل الأول هو عقد البيع. وعلة الالتزام بالتعويض في المثل الثاني وهي الواقعة القانونية ـ هو الضرر الناجم عن مساءلة الفاعل وخروجه عن السلوك الواجب الاتباع.

وعلى هذا نخلص إلى القول إن مصدر الالتزام هو السبب الشرعي الذي أنشأ الالتزام.

(1) علي الخفيف، الحق والذمة، ص 82.

- تعريف الالتزام في الشريعة الإسلامية

عرف الأستاذ أحمد إبراهيم الالتزام فقال: يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين؛ معنى خاص، ومعنى عام.

1 - تعريف الالتزام بمعناه الخاص: هو إيجاب الإنسان شيئاً من المصروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً. ولا يتم إلا بالحيازة وتبطله الموانع قبل الحيازة وهو عام.في جميع التبرعات على مذهب مالك.

2 - تعريف الالتزام بالمعنى العام: هو إيجاب الإنسان أمراً على نفسه، إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزم به لأن الشرع ألزمه به امتثالاً وطاعة لأمر الشرع[1].

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله: إنه «كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره»[2].

فالالتزام إذن في الفقه الإسلامي هو فعل إيجابي، أو كف عن فعل. وهذا المعنى يقارب المعنى الذي قصده رجال القانون في تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية يلتزم بها شخص تجاه آخر موجود أو سيوجد.

وعلى هذا نجد أن المسؤولية في ضوء هذه التعاريف إنما هي نتيجة القيام بعمل فيما يقتضى الامتناع عنه، أو الامتناع عن فعل فيما يقتضى القيام به. مثال ذلك من يقدم على الغش فيما يقتضى الامتناع عنه فهو فعل مسؤول عنه فاعله ويترتب عليه التعويض، وهو ضمان ما ألحق به من الضرر بالغير.

وكذا الطبيب الذي يمتنع عن إسعاف مريض أو جريح طلب إليه إسعافه فهو مسؤول في هذه الحالة عن الامتناع عن القيام بإسعافه وهذا سلوك يخالف السلوك الواجب الاتباع في هذه الحالة وهو وجوب الإسراع

---

(1) أحمد إبراهيم مذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي ص 21.

(2) مصطفى الزرقا - المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص 91.

إلى إسعاف المريض والجريح وكذا مسؤولية الشخص عمن هم تابعون له فهي مسؤولية قائمة على فعل الغير التابع له كمسؤولية المستشفى عن الممرضين التابعين له. كل هذه أمثلة عن الالتزامات الواجبة على الشخص أو المستشفى نتيجة الإخلال بالسلوك الواجب الاتباع من القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فإذا اخلّ الإنسان به تترتب المساءلة نتيجة لهذا الإخلال. فالالتزام في ضوء ما ذكرناه ينشأ عن الحدث تصرفاً كان أو واقعة وهو عند الفقهاء يفيد معنى الحق الشخصي، وعلى هذا. فالحق الشخصي عندهم هو التزام وقد عرفوه بقولهم:

الالتزام فعل مطلوب من شخص معين. وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين. وهذا الارتباط يسميه الفقهاء «المطالبة». ولذلك نجدهم يطلقون في الغالب على الملتزم له لفظ «الطالب» وعلى الملتزم لفظ «المطلوب» وبهذه الرابطة يتميز في الواقع الحق الشخصي أو الالتزام عن الحق العيني[1].

«ذلك أن الحق العيني أو «العين» بالمعنى الخاص لا يتضمن المطالبة إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق. فالحق في الشيء ولذلك هو قائم قبل الكافة، ولذلك فقد قالوا إن الحق العيني لا يسقط بالإسقاط. فالحق هو الشيء في الواقع. وما دام هذا الشيء موجوداً فالحق باقٍ ولا يزول إلا بفنائه»[2] وهكذا تجد أن فيصل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. أن الحق الشخصي يفيد رابطة بين شخصين أي يفيد الالتزام بحق، بينما الحق العيني وإن كان فيه ما يفيد رابطة بين شخص وشيء مادي معين، فإن هذا الحق الذي يمارس على شيء مادي معين يخوله سلطة الممارسة عليه دون وجود شخص آخر.

(1) شفيق شحادة ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص 197.

(2) المرجع السابق ص 197.

ـ عناصر الالتزام في الشريعة الإسلامية

يلاحظ في الفقه الإسلامي استعمال الالتزام في موضوعه كالعمل. كما في الأجير والمستأجر، فهنا نلاحظ التزامات ملقاة على عاتق الأجير، وكذا المستأجر عليه التزامات، كما أن هناك التزامات موضوعها أدبي محض، كواجب طاعة الزوجة ومتابعتها لزوجها، وقد استعمل الفقهاء التعبير عن الالتزام وأطرافه بما يلي:

أولاً: عناصر الالتزام: الطلب للالتزام. والطالب للملتزم له، والمطلوب للملتزم والطلبة للدين ومحل الالتزام. وهذا ما عبر به الفقهاء.

ثانياً: في التعبير عن الالتزام. قالوا عن الدائن بالطالب والمدين بالمطلوب[1].

ويبدو أن تعبيرهم هذا لا يفيد القوة الإلزامية التي يتضمنها لفظ الالتزام.

هذا وعبر الفقهاء عن الالتزام بالضمان، والملتزم بالضامن، والملتزم له بالمضمون له ومحن الالتزام بالمضمون به، كما أن الفقهاء استعملوا لفظ الضمان بمعنى الغرامة وفقهاء الحنابلة استعملوا الضمان بمعنى الكفالة. وواقع الأمر. أن لفظ الضمان فيه من القوة الإلزامية ما فيه معنى الالتزام بل هو أشدّ قوة في المعنى بل قد يوازيه فيقال ضمنت الدين، وأنا ضامن وضمين أي التزمته وضمنته المال ألزمته إياه.

هذا هو المعنى العام، على أن الفقهاء استعملوا الضمان بمعنى خاص وهوالتعويض، ففي المسؤولية مثلاً يكون فاعل الضرر ضامناً أضرار الغير أي ملتزم بتعويضها.

ـ مصادر الالتزام أو الحق الشخصي

مصدر الالتزام في الشريعة الإسلامية هو سببه ومصادره هي:

---

(1) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج 7 ص 167 وابن عابدين في رد المحتار ج 4 ص 613.

أولاً: العقد:

العقد هو عبارة عن ارتباط للإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه[1] وعلى هذا فالإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، هذا والعقد في الشريعة الإسلامية له حرمته، فهو واجب الوفاء لهذا حضّ الله سبحانه وتعالى على الوفاء بالعقود فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] وقال أيضاً: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾[4].

وقال رسول الله ﷺ: «لا أيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له».

ولهذا فإن الإخلال بالعقد له معقب جزائي إذ هو موجب للضمان من الناحية الاقتصادية، كما أنه يرتب إثماً على من ينكل عن تنفيذ العهد. وعلى هذا فإن الإخلال بالعقد يوجب المساءلة.

ثانياً: الإرادة المنفردة:

هذه الإرادة تنتج آثاراً بين الناس ولها مكانها في الالتزامات الشرعية، إذ هذه الإرادة تنشىء تصرفات تتم بها وحدها، وقد بالغ الإمام مالك في هذه الإرادة المنفردة، فجعلها مصدراً عاماً للالتزام، ولعل أهم ما يظهر في التصرفات بإرادة منفردة في الهبة والعارية، والالتزام، والوعد، والنذر. ففي الهبة والعارية، نجد أنها تبرعات ابتداء وانتهاء، والقبول فيها غير لازم، لا من الموهوب له، ولا من المستعير؛ ويرى الفقهاء في الهبة

---

(1) قدري باشا ـ مرشد الجيران المادة/ 262.

(2) سورة المائدة، الآية: 1.

(3) سورة الإسراء، الآية: 34.

(4) سورة النحل، الآية: 91.

والعارية مثلاً أن الركن في هذا التصرف هو الإيجاب فحسب؛ إذ الهبة ركنها الإيجاب من الواهب. أما القبول من الموهوب له، فليس بركن استحساناً. هذا هو قول الإمام وصاحبيه ويقول الكاساني في هذا الشأن:

«إن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب، فقد أتى بالهبة، فترتب عليها الأحكام، ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، وهذا ما يحصل بدون القبول، وثمرة الخلاف يظهر أثرها في المسؤولية، سواء أمام الموهوب له إذ عدل الواهب أو يظهر أثره في حقوق الله. فمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان، فوهب منه فلم يقبل، إنه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث.

وكذا في العارية. فركنها الإيجاب من المعير، أم القبول من المستعير، فليس بركن عند الإمام وصاحبيه استحساناً، والقياس أن يكون ركناً هو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلاناً، فأعاره، ولم يقبل يحنث عند الإمام وصاحبيه، ولا يحنث عند زفر»[1].

وخلاصة القول في التصرف، نجد أنه يتم في الفقه الإسلامي بإيجاب وقبول، إذا كان من شأنه أن يرتب التزاماً في كل طرف ولو انتهاء. أما التصرف الذي يرتب التزاماً في جانب أحد الطرفين دون الأخر، فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده ففي هذه الحالة نجد أن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة واحدة، وهي إرادة الملتزم، فكأن عقد الهبة والعارية مثلاً هو إيجاب وقبول، ويقوم التزام كل طرف فيه على إرادته، دون اعتبار إرادة الطرف الآخر، فإذا صح هذا النظر، أمكن القول في الفقه الإسلامي أن الأصل في التّصرفات هي الإرادة المنفردة[2].

(1) الكاساني بدائع الصنائع. ج 6 ص 115.

(2) عبد الرزاق السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 1 ص 44.

فالإرادة المنفردة. إذ هي مصدر من مصادر الالتزام. فقد بنى الفقه الإسلامي جميع التصرفات التي تتم بإرادة الوحيدة الطرف بها. وأقام عليها حكم الالتزام ووجوب التنفيذ كالوصية، والوقف، والإعتاق. والإبراء.

ـ القوة الملزمة في التصرفات التي تتم بإرادة منفردة

علمنا أن التصرف بالإرادة المنفردة، تتم من جانب واحد، فما هي مدى قوة الالتزام فيها؟ لا شك أن الفقه الإسلامي اختلف في إلزام من تصرف بإرادة منفردة. ذلك أن الإلزام أو عدمه له أثره في تحقق المسؤولية أو عدم تحققها، فمثلاً إذا التزم شخص بمال يعطيه للغير، دون أن يتعاقد معه على ذلك، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه ويلتزم بعطاء المال الذي التزم بإعطائه؟

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، أن هذا من قبيل التبرع، والتبرع غير ملزم عندهم أما الإمام مالك، فقال: إنه ملزم ما لم يمت الملتزم. أو يفلس. ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام، ولا يجب شيء للملتزم له، لا في التركة، ولا في التفليسة، وبالتالي فلا مساءلة فيما إذا انعدم إلزام الملتزم.

أما في الوعد، فقد يقع على عقد أو عمل، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه داراً، فالرأي عند جمهور الفقهاء أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء. أما المالكية فقد اختلفوا فيه على أربعة آراء وهي.

الرأي الأول يقول: بأن الوعد ملزم في جميع الأحوال، ما لم يمت الواحد أو يفلس.

الرأي الثاني يقول: إن الوعد غير ملزم، ولا يقضى به في أية حال.

الرأي الثالث يقول: إن الوعد ملزم إن كان مبنياً على سبب. ودخل الموعود في السبب أم لم يدخل.

الرأي الرابع يقول: إن الوعد ملزم إن كان مبنياً على سبب. ودخل

الموعود من أجل الوعد في السبب، مثال ذلك عن الرأي الثالث: وعد شخص آخر أن يعينه على زواجه بشيء من المال فهذا الوعد ملزم للواعد تزوج الموعود أو لم يتزوج.

أما الرأي الرابع فإن هذا الوعد ملزم للواعد إذا تزوج الموعود، أي دخل في السبب هذا بالنسبة للوعد. أما بالنسبة للنذر فهو التزام فيه تقرب إلى الله تعالى ويرى الأحناف أن حكمه، وجوب الوفاء به، ولكنه يسقط بموت الناذر، أما حكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به، إذا علق على مرغوب فيه، والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه[1].

ثالثاً: الإثراء بلا سبب:

هذه النظرية تقوم على إقامة التوازن بين الذمم، لأن الشريعة الإسلامية أصلاً تهدف إلى تحقيق العدالة في كل شيء عدالة تتكافأ بها الذمم، ويستقيم بها الحق، فالشريعة إذن أرست قواعد كلية منحدرة من أعلى مثمر أساسه الكسب الحلال.

قال تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعْمَلُوا۟ صَٰلِحًا﴾[2].

وقال أيضاً:

﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[3].

وقال أيضاً:

﴿وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ﴾[4].

وقال رسول الله ﷺ: **«لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه»**[5].

---

(1) السنهوري - المرجع السابق ص 45.

(2) سورة المؤمنون، الآية: 51.

(3) سورة البقرة، الآية: 188.

(4) سورة النساء، الآية: 2.

(5) رواه الحاكم وابن حباب في صحيحهما. عن أبي حامد الساعدي.

وروي أيضاً: **«لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»**[١].

ونصت مجلة الأحكام العدلية أنه:

«لا يجوز لأحداً أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي»[2].

ونصت أيضاً:

«دفع المرء ما ليس بواجب عليه يسترد»[3].

وقوله ﷺ: **«كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»**[4].

هذه الآيات والأحاديث والقواعد الكافية، تحدونا إلى القول: إن الشريعة الإسلامية أقرت مبدأ الإثراء بلا سبب كفكرة أخلاقية عادلة، وجدت أسسها في القرآن الكريم وفي إطار الأحاديث النبوية وفي ضوء هذين الأصلين للشريعة الإسلامية تسابق الفقهاء في التوسع في افتراضات واحتمالات ممكنة بصور مختلفة، حيث كانوا يرمون من وراء هذا التوسع» تطبيق الأحكام والقواعد العامة، لإيجاد الحلول للفرضيات، ومع هذا فهم لم يرسوا قواعد مستقلة خاصة في الإثراء بلا سبب، لأنه كان مستبعداً في ذلك الحين، أن تصاغ هذه النظرية بنصوص مستقلة مستقرة، فلم يكن إذن مبدأ الإثراء بلا سبب منطلقاً كقاعدة متمركزة، إنما كان يدخل هذا المبدأ في شمول قاعدة الحلال والحرام والخبيث والطيب. ولعل هذا مما يدركه العقل بطبيعته، كالظلم والعدل، لهذا لم يجد الفقهاء صعوبة في وضع الحلول للمسائل التي تعرض، لطالما أنهم قد أرسوا مؤسسة العدالة[5] فكانوا ينسبون إليها كل الأشكال من الوقائع والتصرفات كمعيار ضابط ليجدوا فيها الحل السليم الذي يتفق مع العدالة. وبهذا نستطيع أن نقول بأن

---

(1) مجمع الزوائد ج 4 ص 176.

(2) مجلة الأحكام العدلية. المادة 97.

(3) مجلة الأحكام العدلية.

(4) رواه مسلم عن أبي هريرة.

(5) المؤلف ـ مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية.

الإثراء بلا سبب كنظرية مستقلة لم تكن سائدة ومألوفة في الفقه الإسلامي. على ما هي معروفة في الشرائع الحديثة إنما تمركزت مبادئها في الشريعة الإسلامية مع العدالة والأخلاق.

هذا والإثراء بلا سبب له صور عدة وهي:

1 ـ إثراء يحدث قضاء وقدراً.

2 ـ إثراء يحدث بفعل الغير.

3 ـ إثراء يحدث بفعل المثري.

4 ـ إثراء يحدث بفعل المفتقر.

جميع هذه الصور أو الأنواع تقوم على مبدأ وجوب الضمان بمعنى أن الإثراء بأي صورة من هذه الصور يحقق المسؤولية وبالتالي يقتضي التعويض أو رد الإثراء أو رد ما افتقر به المفتقر. وذلك تحقيقاً لإقامة العدالة والتوازن بين الذمم[1] كحق الملتقط في الرجوع على صاحب اللقطة بما اتفق عليها بإذن الحاكم، وكحق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته مما أنفقه من النفقات الضرورية، على العقار المشترك، والرجوع بالفائدة على من تقاضاها، لأن الربا عقد باطل في الشريعة، ويعتبر بالتالي إثراء بلا سبب.

وهكذا نجد أن الإثراء بلا سبب يكون مصدراً للإلتزام في الفقه الإسلامي ويتحقق بصور عدة تتحقق فيما يلي:

1 ـ حالة من يضطر للقيام بعمل للغير درءاً للخطر أو درءاً لتحقق ضرر محيق، فيدفع بعمله هذا عن نفسه الضرر، فله في هذه الحالة أن يرجع بقيمة ما دفع ولا يعتبر متبرعاً، في هذه الحالة كمن يدفع دين أبيه ليفتك ماله المرهون في هذا الدين، فهو في هذه الحالة مضطر لقضاء الدين، لأنه لا يمكن الوصول إلى ما يملكه إلا بقضاء هذا الدين كله.

---

(1) المؤلف ـ شروط الإثراء بلا سبب.

ومثال آخر على ذلك، كما لو استعار شخص من إنسان شيئاً ليرهنه بدين نفسه، فرهن هذا الشيء فللمعير إذا قضى دين المستعير وافتك الرهن، فإنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير[1]. وكذا إذا اختلط ملكان قضاءً وقدراً فلما لك الأكثرية أن يملك الاثنين معاً، على أن مالك الأقل يرجع بقيمة ما افتقر على مالك الأكثرية إلا إذا اتفقا على غير ذلك، أما إذا كانت قيمة الشيئين سواء فيباع عليهما ويقتسمان الثمن[2]. وكذلك إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية كان العقد باطلاً وبالتالي فله حق الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى[3].

وهكذا نجد أن المبدأ المقرر في المساءلة عن الإثراء بلا سبب هو لوجوب الضمان أن يكون المفتقر مضطراً إلى الإنفاق، ففي هذه الحالة يعتبر غير متبرع، كما إذا بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه، أو إذن الحاكم. لا يكون متبرعاً وله أن يرجع على صاحب السفل بما أنفقه في البناء. لأنه مضطر إلى البناء، ويقرر صاحب در المختار القاعدة في هذا الصدد فيقول:

«والذي يحصل في هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه فإن أمكنه القسمة، فأنفق بلا إذنه، فهو متبرع، وإن اضطر، وكان الشريك يجبر على العمل معه، فلا بد من إذنه، أو أمر القاضي، فيرجع بما أنفق، وإلا فهو متبرع، وإن اضطر وكان شريكه، يجبر، فإن أنفق بإذنه، أو بأمر القاضي رجع بما أنفق، وإلا فبقيمة البناء»[4].

رابعاً: إلزام الشارع:

هذا الإلزام هو التزام فرضه الشارع فيما نص عليه بأمره وقد بنى على

---

(1) الكاساني بدائع الصنائع ج 6 ص 136.

(2) البغدادي - مجمع الضمانات ص 445 و446.

(3) المرجع السابق ص 448.

(4) سليم باز في شرح المجلة ص 705.

هذا المصدر جميع التكاليف الدينية التي تثبت بأمره مباشرة، كالتزام الزوج بنفقة زوجته، ونفقة أقاربه، وكذا التزامه بالعشور، والخراج، والزكاة، وإلزام الولي والوصي، والقيم ومن إليهم.

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي لا يتصور فيه وقوع حادثة، دون أن نجد لها حكماً، في الشريعة الإسلامية، إيجاباً كان أو سلباً، إذ أنها تقوم على أحكام كلية وفروع متماسكة تتجلى في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه.

خامساً: العمل غير المشروع أو الفعل الضار وأثره على الحقوق:

لا يوجد في الفقه الإسلامي نظرية خاصة، تجعل الفعل الضار مصدراً للالتزام بوجه عام، إنما جل ما نراه في كتب الفقه إنما هي تطبيقات تغني عن القاعدة.

هذا ومعنى الفعل الضار. أنه عمل غير مشروع يحقق مساءلة، توجب الضمان، ومرد ذلك، أن الاعتداء على الحقوق عامة، موجبة للمساءلة، وبالتالي يقتضي التعويض عن الأضرار التي لحقت بالغير، نتيجة الإخلال بالالتزام، ذلك أن الحقوق عامة، مضمونة، ويقتضي رعايتها حماية للمصلحة العامة، سواء كانت الحقوق حقوق الله، أو حقوق العباد، إذ من المعروف أن الحق ينقسم إلى قسمين: حق الله، وحق العبد.

أولاً: في حق الله:

هذا الحق ينسب إلى الله سبحانه وتعالى، وهو حق عظيم شأنه، متسع نفعه وشموله، ويتمثل في الحقوق التالية:

1 ـ عبادات خالصة كالإيمان.

2 ـ عقوبات خالصة كالحدود.

3 ـ عقوبات قاصرة كالحرمان من الإرث.

4 ـ حقوق دائرة بين حق الله وحق العبدِ كالكفارات.

5 ـ عبادات فيها معنى المؤونة، كصدقة الفطر، ومؤنة فيها معنى العبادة. كالعشر، ومؤونة فيها شبه العقوبة، كالخراج.

6 ـ حق قائم بنفسه، كخمس الغنائم[1].

ثانياً: حق العبد:

حق العبد هو ما يتعلق فيه مصلحة خاصة للعبد، كالدية، والضمان، هذا الحق، تحكمه قواعد المعاملات، بمعنى أنه يدخل في شمول المعاملات وهو ما يسمى عند رجال القانون القانون الخاص، إلى جانب هذين الحقين، يوجد حق مزدوج. وهو حق الله مجتمع مع حق العبد. وحق الله هو الغالب، كحد القذف، وهذا الحق بهذه الصورة يلحق بحق الله باعتبار أن حق الله هو الغالب فيه وحق مزدوج، يجتمع فيه الحقان، وحق العبد هو الغالب فيه، مثال ذلك القصاص، فهو حق للعبد[2].

هذه الحقوق عامة، إذا أُخِلّ بها، ترتب على الإخلال بها جزاء تبعاً لماهية الحق، بمعنى أنه تبعاً لتوصيف المسؤولية وماهيتها تتحقق العقوبة تبعاً لها، وعلى هذا نجد إذن أن هناك جزاء على الإخلال بحق الله، وجزاء على الإخلال بحق العبد.

ـ عقوبة الإخلال بحق الله وهي عقوبة عامة:

هذه العقوبة هي عقوبة عامة تتوجب عند تحقق المسؤولية وثبوتها وهي تختلف بأنواعها وماهيتها وهي:

الحد، والتعزير، والكفارة، والحرمان من الميراث.

هذه العقوبات على اختلاف أنواعها إنما تتم نتيجة لتحقق المساءلة وهي عقوبة مقررة من الشارع بمقدارها وماهيتها ويحسن بنا أن نستعرض كل واحدة منها.

---

(1) التلويح والتوضيح ص 705.

(2) المرجع السابق ص 763.

1 ـ الحدود:

هذه الحدود في الشريعة خمسة وهي:

حد السرقة وعقوبتها قطع اليد، وحد الزنا، وهو الرجم والجلد. أما الشرب من شراب معين فحده، الجلد ثمانين، ولو لم يسكر، كما أن الجلد ثمانين من أي شراب كان بشرط أن يسكر.

أما القذف، فالحد فيه كذلك الجلد ثمانين جلدة. أما في قاطع الطريق، فحده قطع يده ورجله من خلاف، إن أخذ المال ولم يَقْتُل، أما إذا قَتَل ولم يأخذ المال، فحده القتل، أما إذا أخذ المال وَقَتَل فحده القَتْلُ والصلب بعد قطع اليد والرجل، أو دون قطع إن أخذ المال وقتل، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالاً أو يقتل نفساً.

2 ـ التعزير:

أما التعزير، فيكون أيضاً في حقوق الله، وهي عقوبة تطبق نتيجة لتحقق المساءلة، ففي الجناية في حق الله، مما ليس لها حد مقرر في الشرع، يتوجب التعزير، وكذا في جناية ليس من جنسها ما يوجب الحد، يطبق التعزير أيضاً. أما إذا كانت الجناية من جنسها يوجب الحد لكنه لا يتوجب لفقد شرطه، ففي هذه الحالة، تكون العقوبة عن هذا الفعل الضار، الحبس أو الضرب، أو الكهر والاستخفاف بالكلام.

نلاحظ مما تقدم، أن الجنايات في حق الله، إذ يساءل عنها الفاعل. فإن هذه المساءلة تقتضي العقوبة، وعقوبتها في غير الحدود المقررة متروك تقديرها للقاضي، سواء من حيث تحديد الفعل، أو من حيث تقدير العقوبة وفرضها؛ وبهذا نجد أن أفق التعزير في الفقه الإسلامي واسع المدى.

3 ـ الكفارة:

أما الكفارة فهي عقوبة. وهي ما يكفِّر أي يغطي به الإثم، وهو تصرف أوجبه الشارع لمحو ذنب معين، كالإعتاق، والصيام، والإطعام، وغير ذلك[1] والكفارة عقوبة، تجب في القتل الخطأ.

---

(1) محمد رواس قلعه جي وحامد صدقي ـ معجم لغة الفقهاء.

4 ـ الحرمان من الميراث:

أما عقوبة الحرمان من الميراث فهي عقوبة تفرض إلى جانب العقوبة الأصلية، فالقاتل إذا كان يرث المقتول، فيحرم من ميراثه، وهذه العقوبة أيضاً تابعة لمسؤوليته عن القتل لهذا تعتبر عقوبة تبعية.

ـ عقوبة الإخلال بحق العبد وهي عقوبة خاصة.

العقوبة الخاصة تترتب نتيجة للاعتداء على حق العبد فهي تقابل المساءلة عن الاعتداء هذه العقوبة تختلف أنواعها وماهيتها وهي:

1 ـ التعزير:

هذه العقوبة علمنا أنها عقوبة عامة ومع ذلك فتأخذ صفة العقوبة الخاصة في الاعتداء على حق العبد، وتفرض في جناية ليس لها حدّ مقرر في الشرع، فهي تتشابه في العقوبة العامة، من حيث إنها تفرض في جناية ليس لها حدّ مقرر في الشرع، من حيث مقداره من ضرب وحبس وكهر مع استخفاف بالكلام، وهذا التعزير يكون في جناية الاعتداء على حق العبد.

2 ـ القصاص:

القصاص عقوبة عن المساءلة، وهي عقوبة تهدف، إلى إصلاح المجتمع والقضاء على الفساد، كما ويكون في تطبيقها إرضاء لولي الدم، أو المعتدي عليه، كما أنها في الوقت ذاته رادعة، إذ بتطبيقها يستقيم السلوك في المجتمع، ويبتعد الإنسان عن الإقدام على الفعل الضار فهي إذن عقوبة رادعة ومصلحة في آن واحد. قال تعالى:

﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[1].

وعلى هذا فالقصاص تبعاً للآية الكريمة يجب:

---

(1) سورة المائدة، الآية: 45.

أ ـ في القتل العمد:

في هذه الجناية، نجد أن القصاص، يوقع نتيجة تحقق المسؤولية، فهو ينزل في الفاعل، فالقصاص هنا أصلاً من حق المقتول، والورثة خصوم في المطالبة في استيفائه كما في المال، كما قد يكون من حق الورثة ابتداءً، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، وهذا القصاص، إذ هو حق للمقتول، يسقط بإسقاطه قبل موته، أو من قبل أحد أولياء الدم، أو بالصلح على الدية.

ب ـ في الجناية عمداً ما دون النفس:

في هذه الجناية إذ يمكن المماثلة فيها تطبق عقوبة المماثلة، فمن قطع أذناً متعمداً قطعت أذنه، ومن قلع عيناً لآخر عن عمد قلعت عينه، ومن قطع أصبع آخر عمداً قطعت إصبعه وهكذا، هذه العقوبة تسقط أيضاً بالعفو أو الصلح كما هي من حق المجني عليه في استيفائها. أو من يفوض، أو وليه.

هذا والعقوبة التي يستوجب تطبيقها نتيجة المساءلة هي إما أن تتناول النفس أو تتناول المال، وهي الضمان، هذا التوصيف يتبع النية، فإذا كان الفعل عمداً على ما دون النفس وجب فيه المماثلة. أما إذا كان عمداً على النفس كالقتل فتكون العقوبة المماثلة هي القتل. . أما في الفعل غير العمدي فوجب فيه الدية. والدية هي مائة من الإبل، أو ألف دينار، أو عشرة آلاف من الدراهم وهي تجب في القتل غير العمد أي في القتل الخطأ أو شبه العمد، وتتحمل الدية عاقلة الفاعل أي قبيلته أما في غير ذلك فتجب في مال القاتل. هذا وقد لا تكون الدية كاملة، إنما يتوجب جزء منها، وتسمى هذه بالأرش فما هي ماهيته ومقداره.

3 ـ الأرش:

الأرش عقوبة تتخلف عن المساءلة في الفعل الضار ويكون في جزء من الدية. ويكون نتيجة للإضرار في بعض العضو الذي يمكن المماثلة فيه

فإذا أصيب بعض هذا العضو كاليد مثلاً فالدية تكون في هذه الحالة نسبية، أي بنسبة ما أصيب، وتسمى هذه النسبة أرشاً، وعلى هذا، نجد أنه في تلف اليد الواحدة تكون نصف الدية وفي إصابة أحد شفار العين الأربعة تكون الربع وفي أحد الأصابع العشر الربع، ونصف العشر في السن.

4 ـ حكومة العدل:

هذه عقوبة تكون في الجناية عندما لا يمكن المماثلة في العقوبة ومقدار هذه العقوبة متروك إلى تقدير القاضي وهذه العقوبة في حقيقة الأمر أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش، وحكومة العدل بالصفة التي تختص بها يتقرر مبدأ عام في الفقه. هذا المبدأ، يقتضي بأن العمل غير المشروع، الذي يصيب جسم الإنسان بفعل الغير فيما لا يمكن المماثلة يستوعب أكثر أفعال الأذى عمدية كانت أو غير عمدية، كالجراح، والشجاج، والأذى، ويوجب في هذه الحالات، كافة أنواع التعويض، هذا المبدأ إذ يطبق على الإضرار والفعل الضار بالجسم، يطبق أيضاً على الفعل الضار بالأموال. وهكذ، فهو يشمل كافة الضمانات من الإتلاف، أو الغصب وبمعنى أن الضمان في الفقه يغطي كافة أنواع المسؤولية التقصيرية أي كافة الأضرار التي تصيب الجسم أو المال، بهذه النظرة نجد أن الفقه الإسلامي قد غطى كل الأفعال الضارة والذي يعتبره الفقه الغربي مصدراً من مصادر الالتزام.

وخلاصة القول: إن الالتزام بالضمان يترتب بإلزام الشارع، وقد أوجبه في الأموال، من زكاة وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام، وهو مترتب في الذمة بما ألزمه الشارع من مال بهدف الردع، أو الزجر، عن عمل حرمه، فإلزام الشارع إذن إنما تمّ أصلاً بهدف اجتماعي إنساني، فضلاً عن ذلك، فإن ما يفرضه الشارع هو من قبيل المعونة لتكون ركيزة من ركائز التعاون الأسري، الذي يتطلبه المجتمع في أعضاء الأسرة الواحدة، بعامل القرابة.

هذا ويبدو أن ما ألزم به الشارع من النفقات أو من زكاة الأموال لا

يحمل معنى التعويض عن ضرر وقع، كما لا يحمل معنى الزجر والعقوبة، أو المخالفة؛ إذ المخالفة في بعض هذه الأمور، لا تعدو أن تكون مخالفة لأمر ديني، فيه خروج عن نظام المجتمع كالزكاة. وعلى هذا فكل ما يتعلق بالمخالفة لأمر ديني فيه حق لله، حسابه يوم الحساب، ولا يدخل في موضوع بحثنا. إنما الذي يهمنا بحثه هو إلزام الشارع بما ألزمه من مال، عند الاعتداء على النفس، أو على طرف من أطرافها، لإصلاح الضرر، أو ترضية لمن تضرر، أو لورثته، وهو ما يعرف بالديات، أو الأروش كعقوبة زاجرة عن الفعل المحظور، وهذا ما يسميه الفقه الوضعي بالمسؤولية الجنائية.

فالتعويض عن الضرر إذن إنما هو مقابل مساءلة المعتدي أو مرتكب الفعل الضار، وهو يعطي للمعتدي أولوية أو لورثته مقابل الضرر الذي أصابه، وقد ترك الشارع تقدير هذا التعويض لذوي الخبرة وهو ما يسميه الفقه الإسلامي حكومة العدل، ويكون معيار تقديره المقايسة بين الضرر والجزاء، بحيث يحقق العدالة. وحكومة العدل هذه إذن تقدر التعويض بما يتطلبه إصلاح الضرر، ففي الجروح مثلاً، يقدّر التعويض بما كلف علاج الجرح من النفقات وأجرة تطبيب ومن أدوية وما إلى ذلك، إلى أن يبرأ الجرح وكذا ما يتخلف عنه من ضرر[1].

وسنفصل في هذا الموضوع في حينه عند بحث الضرر نظراً لعلاقة موضوعنا بها، واتصاله بها اتصالاً أساسياً وذلك من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

هذا ومصادر الالتزام في الفقه الإسلامي تختلف عن مصادره في الفقه الغربي على أن بعض فقهاء المسلمين اتجه في ترتيب مصادر الالتزام بما اتجه إليه الفقه الغربي، ومن هؤلاء الأستاذ أحمد إبراهيم إذ يقول: إن أي عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع

(1) علي الخفيف الضمان في الفقه الإسلامي.

عليه، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع، وأما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع، وبناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي، أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان، لم يرد به وقت صدوره عنه، ترتيب أي التزام عليه، لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه، وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائناً لغيره شرعاً. فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة، والثاني يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب، وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً صغاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر، أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائناً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً، وعلى هذا تكون مصادر الالتزام، أما اختيارية وأما جبرية.

فالاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة.

والجبرية يتدرج فيها الفعل الضار الذي به يكون الفاعل مدنياً شرعياً لمن لحق به الضرر، فأما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى، وأما أن يضمنه بالمثل، أو بالقيمة، والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائناً لغيره، وهو المعنون له في كتب الفقه بالإثراء على حساب الغير، وما يقضى به القانون الشرعي ابتداءً على ما أسلفناه[1].

ويرد الفقيه السنهوري مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي إلى مصدرين اثنين. فيقول. ويمكن في الفقه الإسلامي رد مصادر الحق الشخصي والحق العيني إلى مصدرين اثنين وهما. التصرف القانوني، والواقعة القانونية.

المصدر الأول: فيعتبر تصرفاً قانونياً:

أ ـ من مصادر الحق الشخصي العقد، والإرادة المنفردة.

ب ـ ومن مصادر الحق العيني، العقد، والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك، والأذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق، والعقد

(1) أحمد إبراهيم ـ مذكرات الالتزامات في الشرع الإسلامي ص 36 و37.

بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية، فلا يعدو التصرف القانوني إذن، أن يكون عقداً أو إرادة متفردة، فهو في الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي إرادة محضة تتجه لإحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون.

المصدر الثاني: ويعتبر واقعة قانونية.

أ ـ من مصادر الحق الشخصي: الجناية على النفس، والسرقة، وقطع الطريق، والإكراه، والتعزير، والإتلاف، والغصب، ودفع غير المستحق، والإثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته، والقرابة.

ب ـ ومن مصادر الحق العيني: الميراث، ووضع اليد على الشيء المباع، والشفعة، والالتصاق، والقبض والحيازة بالنسبة إلى أسباب الملك، والقدم، والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق، ورد العبد الآبق، والاتفاق على اللقطة بإذن القاضي، واستحداث زيادة متصلة في المغصوب بالنسبة للحقوق العينية التبعية، وكل هذه الوقائع على تنوعها، أعمال مادية بعضها اختياري، وبعضها غير اختياري يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصي، أو كسب حق عيني، والذي تنتهي إليه من كل ما تقدم، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين: التصرف القانوني، والواقعة القانونية.. كما يميز الفقهاء بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية) والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية)، كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية)، وضمان الفعل (وهذه هي المسؤولية غير العقدية)[1].

---

(1) عبد الرزاق السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 1 ص 69.

البَابُ الأول

الإنسَان والمسْؤوليّة

الباب الأول
الإنسان والمسؤولية

إرادة الله وإرادة الإنسان:

لا شك أن المؤمنين الذين وقفوا على حقيقة، الشرع الإسلامي، فهموه فهماً صحيحاً، وهو أن الثواب والعقاب منوطان بإرادة الإنسان، واختياره لأفعاله، بأفعال إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، ذلك أن اختيار المرء لأفعاله وسلوكه، هو من البديهيات التي لا ينكرها عاقل، ومرد ذلك، أن الله منح الإنسان وسائل خاصة، تمكنه من تمييز الخير عن الشر، إذ ركّب الله في الإنسان ما يقرر به اختياره وهو العقل، وهداه به إلى إيثار الخير، والابتعاد عن الشر، ولا عجب في ذلك طالما أن الإنسان حر الإرادة؛ لا يحس بقاسر أو قاهر، يكرهه على فعل ما في هذه الحياة. هذا وإذا كان الإنسان قادراً على اختيار الخير والتمييز بينه وبين الشر، واتباعه هواه أو عقله، فإن أفعال الإنسان معلومة عند الله، من الأزل، وإرادة الله في الأصل تعلقت بما يوجد في هذه الدنيا من الأعمال التي يوجدها، إذ هو القاهر والقادر على عباده، هذه الأعمال التي يوجدها على أيدي عباده، إذن يعلمها منذ الأزل. لهذا أسند القضاء والقدر إلى الله سبحانه وتعالى، واعتبر الإيمان بالقضاء والقدر جزءاً من الإيمان بالله وعنواناً على صحة عقيدة المسلم. ومع ذلك فإن الله سبحانه وتعالى بمنح الإنسان حريته وعقله، فقد ترك بذلك للإنسان اختياره. وسخّر له هذه الإرادة الحرة، ليتحكم بها في أعماله حسب استعداده، وهو لا يشعر بأي دافع يدفعه إلى أي فعل ما، وبهذا يكون القرار له وحده. في ضوء معطيات نفسيّة من خير

أو شر، لهذا نجد أن القدر يحجب عن الإنسان في هذه الجزئيات، المتروكة لاختياره.

هذا ولا شك أن سلطة الله سبحانه وتعالى على عباده، وعلى الكون محيطة بجميع ما كان، وما يكون، يقرر لنا الله حكماً عاماً. إذ إنه لا يقع في الكون شيء، إلا بما يشاؤه الله. على أن هذه السلطة الإلهية، وبما خلق الله عباده، فهم وأفعالهم، لا يخرجون عن سلطة إرادة الله. فالعباد إذن جميعهم مكلفون بالشرائع، ومسؤولون عن أعمالهم، ويقول الإمام محمد عبده:

«أما البحث فيما وراء التوفيق بين ما قام عليه الدليل من إحاطة علم الله وإرادته، وبين ما تشهد به البداهة من عمل المختار فيما وقع عليه الاختيار، فهو من طلب سر القدر الذي نهينا عن الخوض فيه واشتغال بما لا تكاد تصل العقول إليه، ولئن عجزنا نحن عن التأليف بين أن العباد في أفعالهم مجبورون على اتباع مشيئة الله، وبين كونهم مكلفين، ومسؤولين، وهو المستلزم لكونهم مختارين، فالله غير عاجز عنه. فما دام يقول وقوله الحق، وله الملك. ﴿قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ﴾ ﴿قُلْ إِنَّ ٱلْأَمْرَ كُلَّهُۥ لِلَّهِ﴾ فلماذا لا يكون كلاهما حقاً، بل ثانيهما فقط، أي كونهم مسؤولين، بحجة، أن عقولنا القاصرة لا تؤلف بينهما؟.

فأولهما: أن كليهما أخبر بهما المخبر الصادق بصراحة مؤكدة، لا تقبل التأويل.

ثانيهما: أن الأنسب بإحاطة ملكوت الله بالكائنات وأكمليتها، كون إرادته فحسب حاكمة في ملكه، كما أخبر به في كتابه، ومهما أعطى عباده الإرادة، فلا ينبغي أن تكون إرادته تابعة لإرادتهم، بل تكون إرادتهم تابعة لإرادته، أي أن لا يكون حبله على غاربه إلى يوم يسأل، لأن المالك الذي لا يقبل الشركة، وفي ملكه لا يتنازل عن التصرف فيه إلى غيره، ولو وقتياً، وهو محل بكونه مهيمناً عليه، فليعط الإنسان الإرادة، وليفعل هو

بهذه الإرادة ما يشاء إلى يوم الحساب[1] وحقيقة فيما تقدم نرى، أن الله سبحانه وتعالى خلق السموات والأرض وما فيهما بقدرته، وهو قادر على كل شيء، وهذه القدرة تامة. تقتضي علمه بكل شيء، إذ يعلم ما في الصدور، وهو علام الغيوب، فهو إذن يعلم أفعال الإنسان، إن كانت خيراً، وإن كانت شراً. وإلى جانب هذا، خلق لعباده إرادتهم حرة، وحكّم فيها عقولهم، فالإنسان إذن بعقله يفكر، وبمداركه يفهم ويعلم. لهذا كان تبعاً لإرادة المرء وعقله، مختاراً فيما يقدم عليه من الأعمال، وبالتالي يسأل عن أفعاله، طالما أنه حرّ في الاختيار، ولكن هذا الاختيار، يعلمه الله سلفاً، فهو في كتاب محفوظ، وإزاء حرية الاختيار هذه، تجد أن السّارق يسرق بإرادته، كما يزني بميوله وشهواته. بمعنى أنه ينفذ ما يقدم عليه بإرادته، لا بإرادة القضاء المكتوب ليقضي شهواته، أو يرضي نزواته أو نزعاته، وبهذا نخلص إلى القول.

إن الإنسان مسؤول عن أفعاله عملاً بقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[2] وعلى هذا يتقرر لدينا أن الشريعة الإسلامية، تسائل المرء عن أفعاله مسؤولية كاملة، إذا هو كامل الأهلية، إلا إذا قامت موانع لهذه المسؤولية، وهو ما سنبحثه في حينه، وبالتالي فالمرء إذن مسؤول عن أفعاله وأعماله التي يقترفها أو يقدم عليها بعقله وإرادته واختياره.

هذا وإذا كانت المسؤولية مقررة بحكم الشريعة، فمن البديهي أن يتعرض فقهاء المسلمين إليها في كتبهم، وأن يقدموا فيها الأبحاث. مراعين في ذلك المصلحة، لتكون أساساً في الموازنة بين الأحكام ومراعين كذلك العرف والحفاظ على حقوق الناس وأموالهم، صيانة لهم من أن يلحقهم الأذى أو الضرر، فكان معيار الصيانة عندهم والعدل تقرير أحكام المسؤولية وأسبابها، بحيث يتحقق الضمان عن حق كل ضرر يلحق الناس

(1) مصطفى صبري - موقف البشر تحت سلطان القدر ص 179 و180.

(2) سورة المدثر، الآية: 74.

وذلك حماية للعقود والأنفس والجراحات. أي حماية للأموال والأنفس، لهذا كان الفقه الإسلامي يبني أحكامه في فتاويه على الحادثة والواقعة، لإيجاد الحكم المناسب فيها، ومن يستقصي ويتتبع في كتب الفقه، يجد أقوال الفقهاء سائدة في قولهم كانت هذه حادثة الفتوى، وكانت هذه واقعة الفتوى، فالواقعة والحادثة التي تتطلب الحكم الفقهي هي مصدر الحكم، وسبب الالتزام وعلّته، كما أن كتب الأصول مليئة بالإمارات التي جعلها الشارع أسباباً للأحكام، ورتب عليها الالتزامات، فمثلاً يقال إن تحقق الوقت سبب لوجوب الصلاة في حينها، وكذا الصغر سبب للولاية. والجنون سبب للحجر، والبلوغ سبب للتكليف، وكذا الذمّة والأهلية بالنسبة إلى تعلق الحقوق والالتزامات، وكذا الإرادة مصدر من مصادر الالتزام، سواء كانت إرادة الخالق أم إرادة المخلوق، سواء كان الالتزام دينيّاً أو مالياً، وكذا الخطأ في الفعل الضار، سبب للالتزام بالضمان.

وعلى هذا يمكن القول، بأن منطلق الأحكام والالتزامات في الفقه الإسلامي هو الحادثة أو الواقعة، إذا كانت الواقعة طبيعية، ليست من فعل الإنسان، إنما هي من قبل الشارع مثلاً، وهذه تتمثل في الأوصاف التي جعلها الشارع أسباباً لمسببات، وعللاً لحقوق والتزامات، تترتب عليه في نظرية السبب، كما في الوفاة فهو حادث طبيعي في الحياة يترتب عليه التزامات، من إرث، أو وصاية، أو ولاية، وهي نتائج للأسباب، هذه النتائج محمية بقواعد المسؤولية.

أما إذا كانت الوقائع أعمالاً اختيارية صادرة عن إرادة الإنسان، سواء وافقت هذه الأعمال الإرادية. إرادة الشارع، وهي تظهر في التصرفات الشرعية من عقود أو أموال. أم كانت الأعمال الإرادية لم توافق إرادة الشارع، بل تخالفه، كما في الجرائم سواء كانت جرائم تقع على الأموال أو جرائم تقع على الأشخاص، فهي جميعها أفعال ضارة تقتضي الضمان.

من كل ما تقدم يتضح لنا أن الإنسان في هذه الدنيا مكلف وملتزم بأمور تتعلق بالدين، من عقيدة وعبادات ومعاملات وآداب، وأمور تتعلق

بالدنيا فالمرء فيها على العموم مسؤول عنها وتترتب على محالفتها عقوبات ناجمة عن تحقق المسؤولية ويقول ابن عابدين في هذا الصدد:

«اعلم أن مدار أمور الدين على الاعتقادات والآداب والعبادات والمعاملات. فالعبادات خمسة: الصلاة، والزكاة، والصوم، والحج، والجهاد، والمعاملات خمسة. المعاوضات المالية، المناكحات، والمخاصمات، والأمانات والتركات. والعقوبات خمسة: هي القصاص، وحد السرقة، والزنا، والقذف، والردة»[1].

وهكذا نجد أنه من مقتضى وجود الإنسان في الحياة وسلوكه، تتعلق به حقوق وتترتب عليه التزامات.

فالحقوق سواء كانت من حقوق الله، أو من حقوق العباد، فالأمر لم يكن سابقاً، بل يقتضي اتباع شرع الله في الحقوق عامة. ومن هذا المنطلق نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تعنى بأمور الدين والدنيا، من اعتقادات، وعبادات، ومعاملات، وآداب، فمن البديهي إذن أن تحدد الشريعة الإسلامية السلوك الواجب الاتباع وهو الطريق السوي. وتحض الإنسان على اتباعه، بما يفيد حمايته واحترام الأنفس والحقوق، لهذا وجدت الضمانات الكافية للردع أو للتعويض، وذلك من عقوبات زاجرة، كما أوجبت التعويض بالضمانات جبراً للضرر عن الفعل الضار بسلوك مقصود أو خاطىء، يلحق ضرراً بالغير، وقد نص الحنابلة على ذلك فأعطوا صوراً عديدة عن الضمانات فقالوا:

«إذ اضطر امرؤ إلى طعام وشرب لغيره فطلبه منه، فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه» لما روي عن عمر رضي الله عنه.

«أنه قضى بذلك، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده، وله أخذه قهراً، فإذا منعه إياه، تسبب إلى إهلاكه، بمنعه ما يستحقه، فلزمه الضمان، كما لو أخذ طعامه وشرابه، فهلك بذلك، وإن لم يطلبه منه لم

---

(1) ابن عابدين ـ رد المحتار ج 1 ص 81.

يضمنه، لأنه لم يمنعه، ولم يوجد معه فعل يسبب به إلى هلاكه، وكذلك، كل من رأى إنساناً في مهلكة، فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك، ولم يلزمه ضمانه وقد أساء[1].

هذه الصور تحدد لنا مدى المساءلة وسببها وذلك نتيجة الانحراف عن السلوك الواجب الاتباع.

هذه المؤاخذة واسعة الشمول، سواء كانت المساءلة تتعلق بالمال، فإصلاح الضرر، بالمضرور يتم عن طريق الضمانات، أما إذا كانت المساءلة تتعلق بالأنفس والجراحات، فقد أفرد الفقهاء لها مباحث، في الحدود، والقصاص، والتعزيرات.

وعند الأحناف أفردوا للسلوك الضار القصدي عقوبات، ففي الجنايات مثلاً فيردها عن غيرها من الأفعال الأخرى. بتعريفهم للجناية لغة: إنها اسم لما يكتسب من الشر، وشرعاً، اسم لفعل محرم حلّ بمال أو نفس، فما حلّ بمال أو نفس، هو جناية يتعلق بالمال، فهو ضرر حلّ بمال. كالغصب والسرقة[2].

أما الشافعية: فقد خصوّا النصب والسرقة، بما حلّ بمال، غير أنهم بحثوا السرقة في الحدود، كما بحثوا الغصب في العقود والمعاملات المالية، فهي عندهم جناية أيضاً، إلا أنها تتعلق بالأموال، وتستوجب التعويض[3].

أما فقهاء المالكية، فقد حددوا الجنايات الموجبة للعقاب على وجه التعداد عندهم، ثلاثة عشر، وهي: القتل، والجرح، والزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، والبغي، والحرابة، والردة، والزندقة، وسب الله، وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر، وترك الصلاة والصيام[4].

---

(1) ابن قدامة - المغني ج 9 ص 580.
(2) ابن عابدين - الدر المختار ج 5 ص 221.
(3) حاشية الشيخ عبد الله الشرقاوي على شرح التحرير ج 2 ص 262.
(4) ابن جزي - القوانين الفقهية ص 330.

هذه في إجمالها، تقع على النفس، والعقل، والمال، وعلى حق الله، والعرض، والأمن، ولا شك أن هذه الجنايات تترتب بفعلها المسؤولية.

كما أن هذه الجرائم، تنال من الأمن والأمان، وهي تدعو إلى الفساد في الأرض، لهذا ترتب على اقترافها المساءلة، وحددت العقوبة على أفعالها، فالقتل مثلاً، جناية تقع على النفس، وكذا الاعتداء على عضو من الأعضاء، وكذا سرقة المال، فيه اعتداء على المال، وكذا السب والشتم بالقذف، فيه اعتداء على سمعة الشخص، وكذا الزنا، فيه اعتداء على حقوق الزوج، وبالتالي فيه إخلال بالنسب، وكذا السكر فيه اعتداء على العقل الذي هو منحة من الله سبحانه وتعالى، كما فيه تكريم للإنسان، وكذا الردة، فيها اعتداء على مشاعر الدين. كل هذه، مرد المساءلة فيها. المحافظة على أمور الدين ومقاصده الخمسة، وهي: المحافظة على الدين والنفس، والعقل، والمال، والعرض. وهذه بلا شك تقتضي العقوبة، ولكن العقوبات عامة تختلف فيها بين الحد والتعزير، والضمان، وذلك تبعاً لخطورة الجريمة، لهذا وضعت عقوبات تتناسب مع خطورة الفعل.

وبناء على ذلك، فإن الشارع تبعاً لخطورة كل جريمة. وظروفها، ومكانها. ترك الأمر إلى ولي أمر المسلمين، أو إلى القضاء، لتقرير العقوبة المترتبة على الفعل، والاسترشاد بحال الجناية والجاني. والمجني عليه، والبيئة، فيما لا نص فيه. لهذا فتح باب التعزير على أوسع أبوابه. وبهذا ترك أمر ذلك، للرأي، والاستصلاح بما يقمع الشر ويقضي على الفساد، والفتن، وإلى هذا أشار الزيلعي فقال:

«واجتمعت الأمة على وجوبه في كبيرة لا توجب الحدّ، أو جناية لا توجب الحد». ويقول أيضاً. «ليس فيه شيء مقدّر. إنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقضي جنايتهم»[1].

---

(1) الزيلعي - تبيين الحقائق ج 3 ص 207.

وهكذا نجد أن التعزير عقوبة تترتب نتيجة تحقق المسؤولية، وتطبق بمعرفة الإمام، مراعياً في إنزالها حالة الفاعل، والمتضرر، والعرف، والبيئات، بمعنى أن الإمام أو القاضي يطبق نظرية شخصية العقوبة وهو المعيار المعروف الآن في الفقه الغربي.

هذا وفرض التعزير في العقوبة مرده إلى السوابق التي صدرت عن رسول الله ﷺ، وعن الصحابة رضوان الله عليهم وإلى هذا أشار الطرابلسي نقلاً عن ابن قيم الجوزية إذ قال:

«اتفق العلماء، على أن التعزير مشروع في كل معصية، ليس فيها حدّ بحسب الجناية، والعظم والصغر، وحسب الجاني في الشر وعدمه، والتعزير لا يختص بفعل معين، ولا بقول معين، فقد عزّر رسول الله ﷺ بالحجر، وذلك في حق الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى في القرآن. . . وعزر رسول الله ﷺ. بالنفي، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة ونفاهم، وكذلك الصحابة من بعده. . . ومنها تحريق عمر المكان الذي يباع فيه الخمر. ومنها تحريق عمر قصر سعد بن أبي وقاص، لما احتجب عن الرعية، وصار يحكم في داره، ومنها مصادرة عمر عماله شطر أموالهم، فقسمها بينهم، وبين المسلمين، ومنها أن عمر رضي الله عنه لما وجد مع السائل من الطعام فوق كفايته، وهو يسأل أخذ ما معه، وأطعمه إبل الصدقة. وقال ابن قيم وأكثر هذه المسائل سائغة في مذهب أحمد[1].

هذا المفهوم في المسؤولية في الشريعة الإسلامية يطلق يد الإمام، في أمور كثيرة لا نص فيها على الجريمة، ولا عقاب، ولكن من مقتضى الحياة أن تصان الحقوق وتتحقق مصلحة المجتمع في العقوبة على كل فعل يمس الصالح العام، وهذا بالطبع ما يجعل ميزة الشريعة الإسلامية إنها مرنة تصلح لكل زمان ومكان، لا سيما وإن الحياة تتطور، وهي في تقدم مستمر ورؤى جديدة نحو وسائل الخير، لا سيما وأن الحوادث تختلف باختلاف

---

(1) علاء الدين الطرابلسي - معين الحكام ص 210.

الأزمنة والأمكنة والأشخاص، لهذا فإن حدود الشريعة واسعة، وغير مقيدة بنصوص جامدة محددة، بل ينطلق فيها مبدأ مقرر، وهو أن الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدماً. ويبدو أن تعزير الجريمة والعقوبة في غير المنصوص عنها، يحتاج إلى بصيرة نافذة، وفقه واسع، ومعرفة بالزمن وأحوال الناس. وما يحقق مصالحهم، كما يحتاج إلى عدالة راسخة. فإذا أضعفت هذه المعاني في القضاة. وغلب الجور، وتحكمت المصلحة الخاصة، جاز لولي الأمر ممثلاً في السلطة التشريعية تحديد الجرائم، وتقدير عقوبتها، شريطة أن لا يخرج بذلك عن منصوص أو مجمع عليه[1].

فإذا خرج عنها، ولم يهتد بالبينة وظروفها الزمنية والمكانية، ولم يراع في تحديده. وتقديره مقاييس الأمة للفضيلة والرذيلة، ولا تقاليدها الدينية، وأعرافها الخلقية، واقتصر على استيراد التقنين من الفقه الأجنبي، كان بذلك منحرفاً عن الدين الإسلامي. وعن تقاليد الأمة وأعراقها، غير محقق للأمة استقرارها، والاستقامة في ظله[2].

هذا والمسؤولية التي تتحقق على الإنسان تكون نتيجة جريمة قد تصيب الجماعة فهي مسؤولية جنائية، وقد تصيب حق الفرد، فهي مسؤولية مدنية، لهذا عبر الفقهاء عن الضرر الذي يصيب الجماعة، وعما يعبر عن مصلحتها، بحق الله، بمعنى أن حق الله هو الحق العام، وإن دفع الضرر، وعما يصيب الفرد، وعما يحقق مصلحته يعبر عنه بحق العبد.

وهكذا يعتبر الحق الخاص، أي هو حق العبد، والحق العام، إنما هو حق الله، إذ حق الله يتعلق بالنفع العام للمجتمع، ولا يختص به أحد، وينسب إلى الله تعالى، تعظيماً، أو لئلا يختص به أحد من الجبابرة، كحرمة البيت الذي تتعلق به مصلحة العالم، باتخاذه قبلة لصلواتهم، ومثابة

---

(1) محمود شلتوت ـ المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية ص 42، 43.

(2) علي عبد الواحد ـ مشكلات المجتمع المصري والعالم العربي ـ ص 91 ـ 160.

لهم، وكجريمة الزنا، لما يتعلق بها عموم النفع في سلامة الإنسان، وصيانة الفراش، وارتفاع السيف بين العشائر، وبسبب التنازع بين الزناة.

هذا وإن إضافة الحق إلى الله سبحانه وتعالى، ليس لانتفاعه، بل لتشريف ما عظم خطره، وقوي نفعه، وشاع فضله، بأن ينتفع الناس كافة، وحق الله على التوصيف المذكور بمفهوم الشريعة الإسلامية، إنما تتحقق به المسؤولية الجنائية. أما حق العبد: فهو يتعلق بمصلحة خاصة كحرمة مال الغير لتحقيق صيانة ماله به، فلهذا يباح مال الغير بإباحة المالك، في حين أنه لا يباح الزنا، بإباحتها، ولا بإباحة أهلها[1].

هذا وهناك حقوق مزدوجة تشتمل على حق الله وحق العبد، لكن حق الله هو الغالب فيها، كحد القذف. وحقوق مزدوجة أيضاً، ولكن حق العبد هو الغالب فيها، كحق العبد في القِصاص، فالمسؤولية في كلا الحقين قائمة إذا حصل الاعتداء عليها.

هذا وبعد أن بينا في هذا الباب التمهيدي النظرة الشاملة لموضوعنا، يحسن بنا أن نقسم الموضوع إلى خطوطه العريضة ونوزعها على عدة بحوث وهي:

1 ـ المسؤولية معناها ومدى شمولها وأنواعها.

2 ـ المسؤولية المدنية.

3 ـ المسؤولية الطبية، أركانهاومعيارها.

4 ـ المسؤولية في التعسف باستمال الحق.

5 ـ الضرر والضمانات.

(1) عبد العزيز البخاري كشف الأسرار ج 4 ص 1254 و1255.

الفصل الأول

المسؤوليّة معناها وشمولها

معنى المسؤولية:

المسؤولية: مصدر من ساءل يسائل، فهو مساءل، أي مؤاخذ، والمسؤولية هي المؤاخذة. وهذا هو المعنى المقصود في بحثنا هذا، أما السؤال فهو يفيد استدعاء المعرفة، أو ما يؤدي إلى المعرفة واستدعاء حال، أو ما يؤدي إليه. فاستدعاء المعرفة جوّابها باللسان، وتنوب عنه اليد، فاليد خليفة عنه بالكتابة والإشارة، واستدعاء المال جوابه باليد ينوب عنه اللسان بوعد أو ردّ، أما السؤال الوارد من الله تعالى، فليس للاستعلام، لأنه تعالى علاّم الغيوب، إنما المراد به التقريع والتبكيت لقوم أو الجحد، كقوله تعالى: ﴿ءَأَنتَ قُلْتَ لِلنَّاسِ ٱتَّخِذُونِي وَأُمِّيَ إِلَٰهَيْنِ مِن دُونِ ٱللَّهِ﴾[1] المقصود تبكيت عبدة المسيح وأمه وإظهار كذبهم على عيسى ومريم عليهما السلام. وقوله تعالى: ﴿فَهَلْ يُهْلَكُ إِلَّا ٱلْقَوْمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٣٥﴾﴾[2] المقصود نفي ذلك عن كل مؤمن وإثباته للفسقة نتيجة لمساءلتهم، فكان عقابهم الهلاك، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ ﴿٨﴾﴾[3]. يقال، هذا تبكيت وتقريع لمن كان يئد ولده، فكان هذا السؤال يفيد المساءلة، واستنكار الوأد، وقوله تعالى:

(1) سورة المائدة، الآية: 116.
(2) سورة الأحقاف، الآية: 35.
(3) سورة التكوير، الآية: 8.

﴿فَيَوْمَئِذٍ لَّا يُسْأَلُ عَن ذَنبِهِ إِنسٌ وَلَا جَانٌّ ﴿٣٩﴾﴾[1]. وهكذا نجد أن السؤال يفيد الإجابة عن المسؤول، كما أنه يفيد الدعاء.

هذا كما أن السؤال قد يفيد التهويل والتهديد، والتغريم، أي يفيد معنى العقوبة أو التهديد بها كقوله تعالى:

﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٢﴾ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾[2] إذ يوم القيامة ذو مواطن فيسألون في موطن، ويسألون في آخره، أو يسألون سؤال تقريع وتوبيخ لا سؤال تكرمة، وقوله تعالى: ﴿وَعْدًا مَّسْئُولًا﴾ إشارة إلى قوله تعالى حكاية عن الملائكة في دعائهم للمؤمنين ﴿رَبَّنَا وَأَدْخِلْهُمْ جَنَّاتِ عَدْنٍ الَّتِي وَعَدتَّهُمْ﴾[3] وقوله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»[4].

من خلال هذه النصوص نجد أن المساءلة مصطلح يفيد المؤاخذة والعقوبة عن التقصير والإهمال في واجب، وهو يدخل في موضوع بحثنا، فالفعل الضار إذن هو فعل لم يجر على مقتضى الشريعة، ويتم بإرادة الفاعل، قصداً أو إهمالاً، يلحق ضرراً بالغير في العقود أو الأنفس أو الجراحات فتوجب المساءلة، بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، وتكون في المعاملات وهي خمسة: المعاوضات المالية، المناكحات، والمخاصمات والردة وتتحقق العقوبات وهي خمسة: القصاص، وحد السرقة، والزنا، والقذف، والردة[5] هذه في الدنيا كما تكون المساءلة في العبادات، وهي خمسة: الصلاة والزكاة والصوم، والحج والجهاد. والمساءلة فيها أمر يتعلق لدين وهو حق الله يستوفيه الله يوم القيامة.

أما الفقهاء المسلمون فلم يستعملوا في كتبهم لفظ المساءلة بما يفيد

---

(1) سورة الرحمن، الآية: 39.

(2) سورة الحجر، الآية: 92، 93.

(3) سورة غافر، الآية: 8. راجع ابن السمين، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ مادة سأل تحقيق المؤلف.

(4) رواه البخاري.

(5) ابن عابدين، رد المحتار ج 1 ص 81.

المؤاخذة، إنما استعملوا لفظين آخرين، وهما الضمان أو التضمين، أو الغرامة أو التغريم، ومن استعمالاتهم في هذا الشأن، قولهم ضمان النصب، وتضمين الأمين، وضمان القيمة، وضمان النقصان، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص إو إجماع، فوجب أن لا ضمان في شيء من ذلك[1] وكذا في وجوب إلزام المتعدي بالتغريم نتيجة اعتدائه أو تعمده في التسبب قالوا: «الفاحش متعمد في التسبب، والراكب في فعلته غير متعمد، فيترجح جانبه في التغريم للتعدي»[2].

فالمساءلة والتضمين إذن تكون نتيجة الاعتداء الذي فعله المرء وهو ممتنع بعقله الذي هو نعمة من الله منحه إياه ليضبط به أفعاله ويميز بين الخير والشر، ولا شك أن نعمة العقل، تكريم من الله سبحانه وتعالى لبني البشر قال تعالى:

﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾[3].

إلى جانب ذلك فقد سخر الله كل ما في السموات والأرض للإنسان هذا التسخير نعم أيضاً لا يشعر به إلا العقلاء. ولهذا كان جوهر الوجود هو العقل، بالنسبة للإنسان، إذ به يضبط تصرفاته، وبه وحده يتجه نحو الخير أو نحو الشر، بمحرك إرادي، فالإرادة إذن والعزم بدلالة العقل الذي يفكر ويتأمل ويتدبر هو معيار المساءلة، إذ إن فاقد العقل غير مسؤول، فوجود العقل وحسن الاختيار هو الأساس في تحقيق المسؤولية كما أنه هو معيار في العمل الحسن قال تعالى: ﴿ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾[4].

وعلى هذا نجد، أن معيار التقييم، أن الأمر خير أو شر، مرده إلى الفعل، أو يتم الإقدام على فعل كان باختيار الإنسان وإرادته، وإذا كان كذلك، فمن البديهي إذن، أن يتقرر الثواب والعقاب، الثواب على فعل

---

(1) ابن حزم المحلي ج 1 ص 527.

(2) منلا خسرو ـ الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ج 2 ص 114.

(3) سورة الإسراء، الآية: 70.

(4) سورة الذاريات، الآية: 56.

الخير، والعقاب على فعل الشر، هذا العقاب يتقرر نتيجة للمساءلة، أي نتيجة عن الفعل الذي لا يتفق مع السلوك السوي الواجب الاتباع، هذ وإذا كانت المساءلة، مقررة بحكم العدالة في هذا الوجود، فمن البديهي أن يسبق المسؤولية النوعية والتعليم، وبيان الخير من الشر، إذ لا تسوغ المساءلة قبل الإرشاد للخير وبيان المباح والمحظور قال تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾ ﴾[1] وقوله تعالى إشارة إلى وجوب ترشيد الرسل قال: ﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ ﴾[2].

وعلى هذا فالمساءلة لا تتم إلا بعد الدعوة إلى الخير، في كافة الميادين، وبيان المباح والمحظور، وهذا ما فعلته الشريعة الإسلامية، لهذا كانت النفس رهينة بما عملته قال تعالى:

﴿ كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾ ﴾[3] وقوله تعالى:

﴿ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾[5].

في ضوء ما تقدم نجد أن المساءلة تكون ناجمة عن فعل ضار اقترفه فاعله، فمن البديهي أن يجزى الفاعل على فعله لأن المسؤولية شخصية، إذ إن المرء مسؤول عن أفعاله على وجه ذاتي. لا يتعداه إلى غيره، عملاً بمبدأ شخصية العقوبة الذي أقرته الشريعة بعد أن فتحت طريق الهداية للعقل وعقبت على المضلّ بالعقوبة قال تعالى:

﴿ مَّنِ ٱهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِى لِنَفْسِهِۦ ۖ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا ﴾.

﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[6].

---

(1) سورة الإسراء، الآية: 15.

(2) سورة النساء، الآية: 165.

(3) سورة المدثر، الآية: 38.

(4) سورة النمل، الآية: 90.

(5) سورة غافر، الآية: 7.

(6) سورة الإسراء، الآية: 15.

هذا وإذا كان الأمر كذلك فما هو المعيار الضابط لتقرير المسؤولية؟.

لا شك أن الشريعة الإسلامية لها مقاصدها، في هذا الوجود، فهي في الأصل وجدت رحمة للعالمين، قال تعالى مقرراً الرحمة ومخاطباً رسوله ﷺ، ومبيناً الهدف الأساسي من الدعوة الإسلامية ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ ۝١٠٧﴾[1].

هذه الرحمة استهدفت قصداً عاماً وهو إسعاد الفرد والجماعة، بتحقيق الخير، وإبعادهم عن الشر، وذلك رعاية لمصالحهم، وحفاظاً على حقوقهم إذ لهذه الغاية نزلت الشرائع السماوية لمصالح العباد في العاجل والآجل. ومن هذا المنطلق تدخل المسؤولية في شمول الرحمة، بمعنى أن تقرير المسؤولية على فاعل الضرر إنما فيها رحمة للناس، وحفاظاً على التوازن بين مصالح الفرد ومصالح الجماعة، وخاصة بعد أن وضحت الشريعة ما جعلته مباحاً مأذوناً به، أو واجباً مفروضاً على الإنسان، ذلك إلى أفعال الناس، أو تصرفاتهم موضع مراقبة ومحاسبة، إذ أما أن تكون نافعة نفعاً محضاً، أو أن نفعها أكثر من ضررها، أو أنها محققة المنفعة لأكبر مجموعة من الناس.

في ضوء هذا بينت الشريعة الإسلامية، ما هو حرام، أو ما هو مكروه لأنه شر محض، أو لأن ضرره أكثر من نفعه، أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس، من أجل هذا وضعت الأسس التي فيها فيصل المساءلة، فإذا خالفها المرء تعرض للمساءلة. هذه الأسس، لا شك أن دائرتها متسعة، بحيث تشمل جميع الحوادث، والوقائع من أفعال أو تصرفات، هذه هي سمة الشريعة الإسلامية، فهي تحض دائماً على اتباع الهدى والمعروف، والانتهاء عن المنكر والخبائث كل هذا بغية تحقيق الخير والسعادة للناس. قال تعالى:

﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِيَّ ٱلْأُمِّيَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى

(1) سورة الأنبياء، الآية: 107.

ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[1].

من هذه الآية نجد أن دائرة المسؤولية مقررة ومتسعة، فهي تتناول كل واقعة أو مخالفة، أو حدث، أو تصرف، فهي تناولت المساءلة التي تتعلق بالعقيدة، والعبادة وبالطيبات والخبائث، والمعاملات، والعقوبات، وغير ذلك اذا خالف فيها المرء الشرع وهي:

المساءلة التي تتعلق بالعقيدة والعبادات وغيرها وهي:

أ ـ الإيمان:

ففي الإيمان أوجبت العقيدة وهي الإيمان بالله وبأسمائه الحسنى وصفاته العلية وبملائكته وكتبه ورسله، واليوم الآخر. وبالقضاء خيره وشره. في هذا الإيمان نجد تكريماً للإنسان وإسعاداً له. أو في الإيمان يستقر المرء وتكون العقيدة مساراً ضابطاً لتصرفات المرء وأفعاله طالما أنه مؤمن بالله وما أنزله على نبيّه، ومؤمن بيوم الحساب.

ب ـ العبادات:

العبادة فيها رؤيا الآخرة ويوم الحساب، فالشريعة إذ ألزمت العباد بالعبادة كالصلاة والصيام، والحج، فإن في هذه التكاليف تطهيراً للنفس، وصفاء لها ورمزاً لتقويم الأخلاق وإصلاحها وهي سبيل للتعارف ومراقبة المرء لسلوكه.

ج ـ الزكاة:

في الزكاة التزامات بالواجبات المالية العامة والخاصة. وهي في حقيقتها تقرير للتعاون والتضامن بين المسلمين والتراحم فيما بينهم، فضلاً عن أن فيها نصرة للضعيف، كما أنها تدعيم للاقتصاد الإسلامي وموارد بيت المال.

(1) سورة الأعراف، الآية: 157.

د ـ الطهارة:

في الطهارة والنظافة إذ هي مفاتيح العبادة ففيها حفاظ على الصحة، ونقاء للبشرة، ومحافظة على الجسم والنفس وأعضاء الإنسان التي هي أمانة تقتضي المحافظة عليها.

هـ ـ الطيبات:

في إباحة الطيبات، وتحريم الخبائث، تكريم للإنسان، ومحافظة على صحته لدوام الحياة ففي تحريم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وبعض أنواع لحوم الحيوانات المحرمة كل هذه في تحريمها حفاظ على الصحة العامة وحفاظ على العقل والجسد، من شتى صنوف الأضرار والأذى الذي ينجم عنها قال تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيْطَٰنِ ۚ إِنَّهُۥ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴿١٦٨﴾ ﴾[1].

و ـ الجهاد:

في الجهاد والدفاع عن النفس إنما هو مطلوب لدفع الظلم والعدوان والحفاظ على الدين وعلى كيان الأمة الإسلامية ومقدراتها. وإعلاء كلمة الحق ونشر الدعوة الإسلامية دعوة الله الإصلاحية في بقاع الأرض.

ز ـ النسل:

في إقامة عقود النكاح بأركانها وشروطها وتوابعها في قضايا الأحوال الشخصية، إنما تهدف إلى المحافظة على النسل، والنسب والأعراض، وتقديس أواصر المحبة، والقربى في روابط الأسرة، والمحافظة على بقاء النوع الإنساني.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 168.

ح ـ العقود:

في تنظيم العقود والقيام بالتصرفات المدنية، على وجه معين في الشريعة، إنما شرعت لإقامة العدل، وتجنيب الخصومات، ومنع المنازعات، وعدم الاعتداء على الحقوق المالية. قال تعالى:
﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِالْعَدْلِ ۚ﴾[1].

ط ـ العقوبات:

لا بد من توقيع العقوبات الزاجرة على الجرائم الخطرة نتيجة الاعتداء، أو القتل، أو الزنا، أو القذف، أو تناول المسكرات، أو تعاطي المخدرات، أو القيام بالتزوير، أو الغش، والاحتيال. كل ذلك في سبيل الحفاظ على أمن الفرد والجماعة، وصيانة الكرامة والشرف، وحماية الفضيلة، والحقوق المالية، والأدبية، والابتعاد عن الرذيلة، وبشكل عام المحافظة على سلامة المعاملات وسلامة الجسم والعقل والنسل.

ي ـ الإرث:

لا بد من تنظيم الإرث وفقاً لما ورد في القرآن والسنة إذ في مخالفته تتحقق المساءلة أيضاً لأن في اتباعه وتطبيقه ضمان للحقوق، وعدل في توزيع الميراث، وقضاء على المنازعات والأحقاد التي يمكن أن ينشأ من جراء عدم التوزيع، و ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ الْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ﴾[2].

كل هذه الأمور أوجبتها الشريعة الإسلامية، لمصلحة الفرد والجماعة. لهذا نرى أن القياس أو المعيار فيها، هو بيان النفع والضرر، مما كان نافعاً يجب العمل به، وما كان ضاراً، يجب الابتعاد عنه، تحت طائلة المساءلة وفرض العقوبة والجزاء، وكل هذا تقدير من الله سبحانه تعالى الحكيم العليم، وتنفيذ لشرعه الذي فيه ثبات، وخلود، وضمان

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) سورة الحشر، الآية: 7.

للمصلحة وتهيئة الإنسان في الحياة الدنيا للحياة الأخرى[1] إذ الله سبحانه وتعالى، لم يترك الأمور معرضة للعبث والإضرار دون مساءلة تقتضي الجزاء، إذ الناس بطبيعتهم قد يجنحون إلى اتباع أهوائهم وأغراضهم الخاصة، دون إقامة وزن لمصالح الغير، إذ من اتبع هواه تسوء حالته، ذلك أن التأثر بالأهواء الخاصة تجعل المرء ينحرف عن جادة الصواب. فيرى ما هو ضار نافعاً، وما هو نافع يراه ضاراً قال تعالى:

﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾[2].

ولعل أول مسؤولية قامت في الحياة هي مسؤولية آدم عليه السلام لاتباعه هواه، فإنه لما تميز به من الإرادة الحرة، المترتبة على العقل، قد عصى ربه، خالفه بإغواء الشيطان قال تعالى:

﴿ فَوَسْوَسَ إِلَيْهِ ٱلشَّيْطَٰنُ قَالَ يَٰٓـَٔادَمُ هَلْ أَدُلُّكَ عَلَىٰ شَجَرَةِ ٱلْخُلْدِ وَمُلْكٍ لَّا يَبْلَىٰ ﴿١٢٠﴾ فَأَكَلَا مِنْهَا فَبَدَتْ لَهُمَا سَوْءَٰتُهُمَا وَطَفِقَا يَخْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِن وَرَقِ ٱلْجَنَّةِ ۚ وَعَصَىٰٓ ءَادَمُ رَبَّهُۥ فَغَوَىٰ ﴿١٢١﴾ ﴾[3].

وهكذا نجد أن آدم إذ عصى ربه فقد تحققت مسؤوليته لمخالفته ما أمره الله به قال تعالى:

﴿ فَقُلْنَا يَٰٓـَٔادَمُ إِنَّ هَٰذَا عَدُوٌّ لَّكَ وَلِزَوْجِكَ فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ ٱلْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰٓ ﴾[4] ولعل مرد المساءلة إن آدم متمتع بعقله، فهو إذ أدرك معصيته أدرك أنه ارتكب خطيئته وظلمه لنفسه بإرادته، لهذا بادر إلى ربه يسأله التوبة والمغفرة نادماً تائباً يلتمس منه المغفرة والرحمة، قال تعالى حكاية عن آدم وحواء. ﴿ قَالَا رَبَّنَا ظَلَمْنَآ أَنفُسَنَا وَإِن لَّمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴾[5].

---

(1) الشاطبي الموافقات ج 2 ص 37.
(2) سورة المؤمنون، الآية: 71.
(3) سورة طه، الآية: 120.
(4) سورة طه، الآية: 117.
(5) سورة الأعراف، الآية: 23.

من هذه القصة يتضح لنا أن مسؤولية المرء تتحقق بمجرد مخالفة السلوك السوي، بمعنى أن على الإنسان أن لا يركن إلى هواه، وأن لا يستبد بعقله، بل يتخذ منه في ضوء الشرع الإلهي سبيلاً إلى سعادته في الدنيا والآخرة قال تعالى: ﴿ فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدًى فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَىٰ ﴿١٢٣﴾ ﴾[1].

فالشريعة إذن حددت السلوك المستقيم لإبعاد المرء عن المساءلة، إذا هو اتبع الصراط المستقيم، قال تعالى:

﴿ وَأَنَّ هَٰذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٥٣﴾ ﴾[2].

والمراد بالصراط المستقيم نقلاً عن الإمام محمد عبده: إن الدين الحق أو العدل، أو الحدود، ونحن نقول أنه جملة ما يوصلنا إلى سعادة الدنيا والآخرة، من عقائد وآداب وأحكام وتعاليم[3] فالقرآن الكريم وضع معياراً ضابطاً لسلوك الإنسان وهو اتباع الصراط المستقيم إذ به أرشدنا الله سبحانه وتعالى إلى اتباع الهدى وللابتعاد عن المسؤولية وذلك بتحديد مفهوم الصراط المستقيم، قال تعالى:

﴿ ۞ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ ۖ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۖ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِّنْ إِمْلَاقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ ۖ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ۖ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١٥١﴾ ﴾[4].

وفي نطاق المعاملات قال تعالى:

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۖ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ

---

(1) سورة طه، الآية: 123.

(2) سورة الأنعام، الآية: 153.

(3) تفسير المنار ج 1 ص 65.

(4) سورة الأنعام، الآية: 151.

﴿وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١٥٢﴾﴾[1].

هذه الوصايا التي أوصى بها الله سبحانه وتعالى هي حقيقة الصراط المستقيم في هذه الحياة الدنيا وهي مدار محور المساءلة فيها، إذ جميعها وبشمولها تتفرع عن هذه الأسس. بهذه القصة الحقيقية التي عرضها القرآن عن آدم عليه السلام أعطت لنا مفهوم المسؤولية لأول مخالفة حدثت في تاريخ البشرية وهي مخالفة السلوك الواجب الاتباع بالمفهوم الذي حددته الشريعة الإسلامية «وهو اتباع الصراط المستقيم»، ولا شك ﴿إِنَّ هَٰذَا لَهُوَ الْقَصَصُ الْحَقُّ﴾[2]. وهكذا وجدنا أن الهدف من هذه القصة هو الهداية والعظة والعبرة ببيان مفهوم المسؤولية وأبعادها.

ـ ميزات الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالمسؤولية حماية للفرد والمجتمع:

الشريعة الإسلامية أو تقرير المسؤولية، وفرض الجزاء على من يخل بالروابط الفردية أو الاجتماعية وبالنظم السلوكية التي تهدف إلى إقامة المجتمع الإسلامي الذي تنشده الجماعة حماية لمصالحها، فإنها في حقيقة الأمر قد امتازت عن غيرها من الشرائع بميزات هامة. وهي أرست أسساً لبناء المجتمع الفاضل تبعاً لما تتسم به من صفات غائية وهي فعالة على مدى الدهر هذه الميزات تتلخص فيما يلي:

1 ـ إن مبادئها خالدة وثابتة ما دامت الأرض والسماوات.

2 ـ إن مبادئها ترمي إلى رفع الحرج، ودفع الضرر قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[3].

(1) سورة الأنعام، الآية: 152.
(2) سورة آل عمران، الآية: 62.
(3) سورة الحج، الآية: 78.

3 ـ إن مبادئها ترمي إلى تحقيق العدالة في كل شيء عملاً بقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ ﴾[1].

4 ـ إن مبادئها ترمي إلى رعاية الحقوق ومصالح العباد، وأداء الأمانات قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ ﴾[2].

5 ـ إن مبادئها مرنة تحتوي على كل الحلول للحوادث والقضايا الجديدة. كل هذه المبادىء التي رعتها الشريعة الإسلامية محمية بمؤسسة المسؤولية والضمان التي أحاطت بكل شيء بحيث وضعت كافة الأفعال والوقائع والتصرفات تحت رقابة المسؤولية وأسسها قال تعالى مخاطباً الناس جميعاً:

﴿ فَوَرَبِّكَ لَنَسْـَٔلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٢﴾ عَمَّا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿٩٣﴾ ﴾[3].

هذه الشريعة بمعطياتها لم تكن صماء كما لم تكن سلبية في تطبيق العقاب والجزاء، دون الاهتمام بإصلاح الإنسان، والعناية بتهذيبه، بل جنحت إلى صقله وتعليمه، وبث روح الفضيلة والتعاون، لهذا وقفت موقفاً إيجابياً تجسد في الإرشاد والتعليم والدعوة إلى الخير في العبادات والمعاملات بغية تطهير النفوس وتقويمها ورفع الحرج عن الناس قال تعالى:

﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَـٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ ﴾[4].

ففي الصيام مثلاً قال تعالى:

---

(1) سورة النحل، الآية: 90.
(2) سورة البقرة، الآية: 283.
(3) سورة الحجر، الآية: 92.
(4) سورة المائدة الآية: 6.

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ ﴾[1].

وفي الصلاة قال تعالى:

﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ ﴾[2].

وفي الجهاد قال تعالى:

﴿ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟ ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ﴾[3].

وقوله أيضاً:

﴿ وَجَٰهِدُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[4].

وفي الإيمان والتوحيد قال تعالى:

﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ ۛ شَهِدْنَآ ۛ أَن تَقُولُوا۟ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ ﴿١٧٢﴾ ﴾[5].

وفي المساءلة والقصاص قال تعالى:

﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾[6].

هذه الإيجابيات الكثيرة في الشريعة الإسلامية، وهي لم تقف هذا الموقف من الإيجابيات بل أنها قامت بدور هام في الجانب السلبي أيضاً فقد منعت وحرمت كل ما فيه ضرر للمصلحة العامة، كما وأقرت المساءلة في كل مخالفة كما منعته أو حظّرت فعله، سواء كان للمصلحة العامة، أو للمصلحة الخاصة، وبهذا فقد اتخذت بذلك مبدأ عاماً لا تهاون ولا تسامح فيه وهو:

---

(1) سورة البقرة، الآية: 183.

(2) سورة العنكبوت، الآية: 45.

(3) سورة الحج، الآية: 39.

(4) سورة التوبة، الآية: 41.

(5) سورة الأعراف، الآية: 172.

(6) سورة البقرة، الآية: 179.

1 ـ إنها منعت كل مآخذ الشر والضرر والفساد، وحرّمت الاعتداء على الحقوق.

2 ـ منعت أكل أموال الناس بالباطل بكل صوره فحرمت الربا والميسر، والغش، وتبديد الأموال.

3 ـ منعت كل ما يلحق الأذى بالعقل والجسد والعرض، فحرمت شرب الخمر، والانتحار، وبيع النفس، وإيجار المرأة نفسها للاستمتاع بها إلى غير ذلك مما يتنافى مع مبادىء المحافظة على الكرامة، والاعتداء على حريّة الفكر والعمل، أو الموطن والإقامة.

4 ـ منعت بيع النقود إلى أجل، كما منعت الاحتكار، كما منعت الإساءة في استعمال الحق باعتبار أن التعسف باستعمال الحق لا يتفق مع العدل والعقل. وهكذا أحاطت الشريعة بمقاصدها في إطار المسؤولية، ضماناً لتطبيق أحكامها في كل ما تناولته.

هذا والمتبصر في الشريعة والمتتبع لأحكامها، يجد أن المسؤولية فيها وسعت كل شيء في الحياة وأحاطت حتى بالفروع وأوجدت الحلول لأي تصور متوقع، أو محتمل الوقوع.

وهكذا لا تجد حكماً فيها دون معقب جزائي لمخالفته. هذا الجزاء شرع حماية لمقاضد الشريعة وأهدافها فما هي هذه المقاصد وأثرها في المسؤولية.

ـ مقاصد الشريعة:

عالجت مقاصد الشريعة الحفاظ على أسسها حماية للفرد والجماعة من خلال المسؤولية هذه المقاصد هي المحافظة: على الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل وبالتالي أحاطت بكل متطلبات الحياة، جميع هذه المقاصد غايتها جلب المنفعة ودفع المضرة وذلك بدفع المفاسد عن الخلق، ويقول الخوارزمي في هذا الشأن:

«المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم.

«ونفوسهم ونسلهم وعقولهم، وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها»[1]

ولا شك أن في هذا تمام المصلحة التي اعتبرتها الشريعة الإسلامية هدفها وهذه المصلحة تعرف عند علماء الفقه بالضروريات والحاجيات والتحسينات فهي إذن ثلاث أقسام، محمية في إطار المسؤولية ويهمنا هنا من مقاصد الشريعة الضروريات والحاجيات:

أولاً: عن الضروريات:

الضروريات أمور هامة في الحياة يقتضي حمايتها وصيانتها من الاعتداء عليها فهي إذا فقدت أو اختلت، أو حصل عليها أي اعتداء عليها وجب العقاب على المعتدي حفاظاً على استمرارية هذه الضروريات. لهذا. كانت المسؤولية واجبة التطبيق في الدنيا، أما المساءلة الأخروية لقباً فحسابها عند الله سبحانه وتعالى. فمقاصد الشارع الضرورية إذ هي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامه، بل على فساد وتهارج وفوت حياة. وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين والحفظ لها يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

الثاني: ما يدرأ منها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[2].

ولا شك أن المحافظة على الدين يكون من جانب الوجود كالإيمان كما أن أصول العبادات راجعة إلى حفظ الدين أيضاً والنطق بالشهادتين والصلاة، والزكاة، والصيام والحج وما أشبه ذلك، والعادات راجعة إلى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود أيضاً، كتناول المأكولات،

---

(1) نقلاً عن كتاب المحصول للرزاي ص 194.

(2) الشاطبي، الموافقات ج 3 ص 8.

والمشروبات، والملبوسات والمسكونات وما أشبه ذلك والمعاملات راجعة إلى حفظ النسل والمال من جانب الوجود، وإلى حفظ النفس والعقل أيضاً لكن بواسطة العادات والجنايات ويجمعها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

والعبادات والعادات قد مثلت والمعاملات ما كان راجعاً إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض، بالعقد على الرقاب، أو المنافع أو الانصياع. والجنايات ما كان عائداً على ما تقدم بالإبطال فشُرع فيها ما يدرأ ذلك الأبطال ويتلافى تلك المصالح كالقصاص والديات، ـ للنفس والحد ـ للعقل وتضمين قيم الأموال والقطع والتضمين بالمال وما أشبه ذلك ومجموع الضروريات خمسة وهي: حفظ الدين والنفس، والنسل، والمال، والعقل[1].

ويقتضي بحث كل ضرورة من هذه الضروريات لمعرفة أثر المسؤولية فيها.

ـ المحافظة على الدين:

الشريعة الإسلامية حضت على القيام بأركان الإسلام الخمسة، والمحافظة عليها وقد هدفت من وراء ذلك استقامة السلوك وما يؤدي بها إلى التراحم ذلك أن في الإيمان بالله واتباع أوامره ونواهيه ما يدعو إلى الأمن والأمان في هذه الدنيا، إذ العبادة تجعل المرء يراقب نفسه ويتذكر دائماً أن الله متجلى على أعمال العبد وأفعاله، إذ المطلوب «أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فأنه يراك» فإن المحافظة على الدين أساس من أسس الشريعة وقد ترتبت على المخالفة لهذا الأساس مساءلة المرتد أو المجاهرة بالتحلل منه، أو من يعمل على إثارة الفتنة الدينية، أو يعلن عن زندقته كل هذا موجب للعقاب، لأن صلة المرء بربه تجعله يراقب ضميره

(1) الشاطبي الموافقات ج 2 ص 9، 10.

في أعماله وأفعاله، ويحرص على تقوية الصلة بالله باتباع أوامره والانتهاء عن نواهيه ولا شك أن هذا يدعو إلى احترام الإنسان وائتلافه مع بني جنسه وبالتالي احترام المجتمع، لأن الدين الإسلامي بطبيعته يصقل الإنسان، ويجعله رقيباً على تصرفات نفسه، لهذا كانت المساءلة أساسية في حال جحود الدين أو الاستهتار بالعقيدة، وما تقتضيه من إيمان قال تعالى مشيراً إلى مسؤولية من يجحدون الدين بقوله:

﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ﴾(1).

ـ المحافظة على النفس:

هذا المقصد جوهري أيضاً في الشريعة الإسلامية، إذ النفس هي أساس الحياة والدنيا ولا تتصور الحياة دون وجود إنسان، لهذا كان رعاية الإنسان والمحافظة على بقائه إنما هو سلوك واجب ومقرّر في الشريعة الإسلامية، فإذا انتهك الإنسان حرمة وجود أخيه الإنسان، واعتدى عليه بالقتل أو الجرح ففي هذا تتحقق مساءلة المعتدي، إذ في الاعتداء على الإنسان فيه اعتداء على البقاء الإنساني لهذا فرضت الشريعة القصاص في الاعتداء على حق الحياة قال تعالى:

﴿ مَن قَتَلَ نَفۡسَۢا بِغَيۡرِ نَفۡسٍ أَوۡ فَسَادٖ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعٗا ﴾(2).

وعلى هذا أقرت الشريعة مبدأ القصاص قاعدة عامة قال تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾(3).

---

(1) سورة المائدة، الآية: 33.

(2) سورة المائدة، الآية: 32.

(3) سورة البقرة، الآية: 178.

وقال تعالى مقرنا استمرار الحياة في القصاص.

﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُولِي الْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[1].

كما أن ماهية القصاص تكون المماثلة في الاعتداء على الأطراف فيما ذهبت إليه الشريعة قال تعالى:

﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[2].

ـ المحافظة على العقل:

من المسلم به أن الاعتداء على العقل يضيع توازن التفكير ويخل في وظيفته، إذ العقل هبة من الله سبحانه وتعالى، وهو أداة السلوك والاختيار، والتمييز بين الخير والشر، كما أنه وسيلة حماية الإنسان، إذ به يحافظ المرء على سلامته ويبتعد عن المهلكات قال تعالى:

﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾[3].

فالعقل إذن مصدر الخير والنفع قال تعالى: ﴿ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَـٰتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[4].

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَـٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا لَّعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[5].

هذا وما دام العقل أداة الهدى والتفكير، لهذا كان من البديهي أن تحض الشريعة على المحافظة على قوى العقل وطاقته، وإن تسائل كل من يؤذيه، أو يضعف من قوته بفعله. كشرب الخمر، أو تعاطي المخدرات. قال تعالى:

---

(1) سورة البقرة، الآية: 179.

(2) سورة المائدة، الآية: 45.

(3) سورة البقرة، الآية: 195.

(4) سورة النور، الآية: 61.

(5) سورة يوسف، الآية: 2.

﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ ﴾[1].

وقال تعالى مشيراً إلى تأثير الخمر في العقل وإضعاف طاقته بل وفقدانها. بقوله:

﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾[2].

ـ المحافظة على النسل:

أوجبت الشريعة المحافظة على النسل حفاظاً على صحة النسب، أذ النسل المعترف به، إنما هو الذي يتم نتيجة الاستمتاع بالمرأة على وجه مشروع «حال قيام النكاح الصحيح فإذا ولدت الزوجة في هذه الحال ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده، ثبت نسبه من الزوج، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها، فلا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا»[3] وعلى هذا اعتبرت الشريعة مخالفة السلوك الواجب الاتباع لانعقاد عقد الزواج موجباً للمسؤولية ولنفي النسب ففي الزنا مثلاً حددت عقوبة الجلد مائة جلدة لغير المحصن؛ أما عقاب القذف بالفاحشة فقد حدد فيها ثمانين جلدة «أما إذا تزوج الزاني من قرينته الحامل من زنا فولدت لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا»[4].

ـ المحافظة على المال:

أوجبت الشريعة الإسلامية المحافظة على المال، والإنفاق منه بما أمر به الله، في نطاق المصلحة، لأن الأصل في المال، أنه أداة العيش في

---

(1) سورة المائدة، الآية: 90.

(2) سورة النساء الآية: 43.

(3) قدري باشا الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المادة ـ 333.

(4) المرجع السابق المادة ـ 343.

الحياة، لهذا يطلب شرع التكسب طلباً للرزق من الله سبحانه وتعالى وإلى هذا أشار القرآن الكريم فقال:

﴿ فَٱبْتَغُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ ٱلرِّزْقَ وَٱعْبُدُوهُ وَٱشْكُرُوا۟ لَهُۥٓ ﴾[1].

فالسعي والكسب أداة لطلب الرزق لينفق المرء منه سراً أو جهراً، وذلك لإشباع حاجاته، والتغلب على متطلبات الحياة. قال تعالى:

﴿ وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا ﴾[2].

وقال أيضاً:

﴿ وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن شَىْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُۥ ۖ وَهُوَ خَيْرُ ٱلرَّٰزِقِينَ ﴿٣٩﴾ ﴾[3].

من هذا المنطلق كان للمال حرمته لهذا حافظ الشارع عليه مراعاة لهذه الحرمة صيانة للمال، وقد عاقب على الاعتداء على المال بالسرقة، بقطع اليد، تبعاً لشروط معروفة. قال تعالى:

﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا ﴾[4].

كما حرمت الشريعة الغصب، والغش، والربا وحققت المساءلة على من يرتكبها، وأوجبت الضمان عن المتلفات. قال تعالى: ﴿ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ﴾[5].

وهكذا نجد أن المصلحة تقتضي إيجاد الضروريات والمحافظة عليها، وحمايتها كل ذلك تحت طائلة المسؤولية وإنزال العقاب.

ثانياً: الحاجيات:

الحاجيات مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في

---

(1) سورة العنكبوت، الآية: 17.
(2) سورة النحل، الآية: 75.
(3) سورة سبأ، الآية: 39.
(4) سورة المائدة، الآية: 38.
(5) سورة البقرة، الآية: 276.

الغالب إلى الحرج والمشقة لهذا يقتضي مراعاتها وإلا دخل على المكلفين الحرج والمشقة[1].

ومع ذلك فليس كل المكلفين يدخل عليهم الحرج بفقد الحاجيات.

هذا والحاجيات إذ يقتضي مراعاتها باعتبار أنها شرعت في الأصل لدفع الحرج والمشقة وهي أي الحاجيات تعتبر من الرخص المخففة وهي إذ تكون في العبادات. والعادات والمعاملات والجنايات. فلا تتحقق بهذه الرخص المساءلة. ففي العبادات مثلاً أبيح الفطر في رمضان للمريض، والمسافر في حال لحوق المشقة وبالتالي فلا مسؤولية باستعمال هذه الرخص. وكذا لا يؤاخذ المرء بالنطق بكلمة الكفر عند الإكراه الشديد الملجىء. وكذا في العادات فلا مسؤولية في الإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال. مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً ومركباً وما أشبه ذلك باعتبار أنها من قبيل الرخص. أما فيما يتعلق بالمعاملات فقد شرعت لدفع الحاجيات الحرج والمشقة ففي العقود مثلاً رخص في بيع غير موجود وقت البيع كعقد السلم وكذا تكون الحاجيات في الإيجار والمساقات، وإلقاء التوابع في العقد على التبرعات، كثمرة الشجر ومال العبد، كما وتكون في الجنايات في العقوبات إذ حقق الله الرحمة والعدالة لهذا فلا تطبق العقوبة في شبهة لأن القاعدة الشرعية، إنه «تدرأ الحدود بالشبهات».

ثالثاً: التحسينات:

المراد بالتحسينات هو الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنّسات التي تأنفها العقول الراجحات وهي الأمور التي تقتضيها المروءة والأخلاق وقد راعى فيها المشرّع الأخذ بمحاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية أذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين[2] ويدخل في شمولها

(1) الشاطبي الموافقات ج 1 ص 10.

(2) الشاطبي الموافقات ج 2 ص 12.

العبادات إذ أقر فيها مبدأ المحافظة على الطهارة والصدقات والتقرب إلى الله بالنوافل وفي الأسرة حقق وجوب حسن اختيار الزوجين وما أشبه ذلك أما في العادات فيدخل في شمولها آداب الأكل والشرب ومجانبة مآكل النجاسات والإسراف والإقتار في المتناولات. أما في المعاملات فقد منع بها التعامل بالمواد التي تضر الإنسان والصحة العامة، فمنع بيع النجاسات ورتب البطلان جزاء وفاقاً وكذا أوجب تحقق الحاجات بين الناس فمنع بيع فضل الماء والكلأ أما في الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد، أو قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد. أما في العقوبات فمنع التمثيل في القصاص بين المسلمين في الحرب بين الأعداء. وهكذا نجد أن الشريعة أحاطت في نطاق المسؤولية بجميع أحكامها.

الفصل الثاني

أنواع المسؤولية

علمنا فيما تقدم أن المسؤولية تتم نتيجة فعل لم يجر على مقتضى الشريعة، ويحقق ضرراً ويتم من قبل الفاعل قصداً أو خطأ، ففي هذه الحالة يتوجب التعويض، ويكون في العقود والأنفس والجراحات، وإذا كان كذلك، فالمسؤولية إذن تنجم عن مخالفة لسلوك أوجبه الشارع. هذا السلوك هو المعيار لترتب المسؤولية أو انتفائها أو امتناع تحققها، هذا والمسؤولية في شمولها أنواع وهي: المسؤولية الجنائية، والمسؤولية المدنية، والمسؤولية الأدبية. على أن هذه المسؤولية الأخيرة وإن كان أثرها ودائرتها أوسع وهي إذ تتصل بالسلوك الأخلاقي للإنسان، فإن هذا السلوك أمر يتعلق بشخص الإنسان بينه وبين ربه، فهو تبعاً لهذه المسؤولية، يسأل أمام الله عن أفعاله التي قد لا تلحق ضرراً بالغير. كالكذب مثلاً فهو إذ يترتب عليه مسؤولية أدبية كحلف اليمين الكاذب. ففي هذا مسؤولية أدبية، يحاسبه الله عليه يوم القيامة، فضلاً عن أن المرء يحاسب أمام ضميره بالسلوك الإنساني للفرد، عندما لا يتعدى إلى الغير، ولا يتخذ مظهراً خارجياً. فهو سلوك شخصي محض يتعلق بالإنسان ذاته لهذا فالمسؤولية الأدبية مستبعدة في بحثنا هذ،ا لأن أمرها كما ذكرنا منوط بضمير الإنسان نفسه، ومع ذكل فهناك من الأفعال ما يتحقق فيها المسؤولية الأدبية والمسؤولية المدنية، بنظر الشريعة الإسلامية، إذ بعض الأفعال التي يتعلق فيها حق الله ويعاقب على الاعتداء عليه في الآخرة فإن هذه الأفعال تعاقب عليها في الدنيا أيضاً. إذ المتسبب في الضرر سلباً أو إيجاباً يعاقب أيضاً

بعقوبة دنيوية. ذلك لأن الأصل في الشريعة الإسلامية إنها تستهدف إصلاح الفرد، وتقويم أخلاقه لينعكس أثر ذلك على المجتمع. وبالتالي يتوجب الضمان عن الضرر الذي يلحقه الفاعل أو المتسبب ولو كان في نطاق مسؤوليته الأدبية طالما أنها ارتبطت بضرر لحق الغير. مثال ذلك ما عرضه الفقهاء إذ نص صاحب المغني على أنه:

«إذا اضطر إلى طعام وشراب غيره، فطلب منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك ضمنه المطلوب منه، لما روي عن عمر رضي الله عنه إنه قضي بذلك، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به من هو في يده، وله أخذه قهراً، فإذا منعه إياه تتسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه، فهلك بذلك وإن لم يطلبه منه لم يضمنه، لأنه لم يمنعه، ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه، وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة، فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه، وقد أساء»[1].

في هذه الواقعة نجد أن هناك مساءلة إذا كان المنع سبباً في الهلاك، أما في الحالة السلبية، فلم يتدخل ليتجه مع قدرته على ذلك، فالمسألة هنا مسؤولية أدبية، وإن كان يرى البعض وجوب الضمان.

«وقال أبو الخطاب: قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه، لأنه لم يتجه من الهلاك، مع إمكانه، كما لو منعه الطعام والشراب. ولنا أنه لم يهلكه، ولم يكن سبباً في هلاكه فلم يضمنه، كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح، لأن في المساءلة منعه كان سبباً في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به وها هنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً»[2].

ويبدو أن الإجماع منعقد على الإساءة والمؤاخذة الأخروية وعندي

(1) ابن قدامه ـ المغني. ج 9 ص 280.

(2) المرجع السابق ج 9 ص 580.

أن المساءلة تتحقق دنيوية أيضاً إذا رآه وأحسّ بالخطر المحيق به ولم سعفه لأنه في ذلك يكون قد فرط في إحياء النفس التي هي بحاجة إلى مساعدته مع قدرته على ذلك، ومرد هذا أن الشريعة الإسلامية بأسسها ترمي إلى التعاون والتآخي والعمل بمقتضى القيم الإنسانية. قال تعالى:

﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1].

وأي تعاون أفضل من إنقاذ نفس شارفت على الهلاك.

ـ نظرة الشريعة الإسلامية في تقسيم المسؤولية

قسمت الشريعة الإسلامية المسؤولية تبعاً للفعل وخطورته فقالت بالمسؤولية الجنائية التي تتحقق نتيجة فعل له خطورته، لهذا فقد عرف الفقهاء الجناية لغة بأنها اسم لما يرتكب من الشر، وشرعاً. اسم لفعل محرم حلّ بمال، أو نفس، وخصوا في ضوء هذا التعريف جريمة الغصب والسرقة، بما حلّ بمال كما خصّوا الجناية بما حلّ بنفس أو طرف[2]. وعلى هذا فالفقهاء يميزون بين الحدود والقصاص والتعزيرات، كما يميزون بين العقود والمعاملات والتعويضات.

ويبدو أن فقهاء المالكية ذهبوا إلى التمييز أيضاً بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، إذ أنهم عدوا الجنايات الموجبة للعقوبة بثلاث عشر جناية وهي:

القتل والجرح، الزنا، القذف، شرب الخمر، والسرقة والبغي والحرابة، والردة، والزندقة وسب الله وسب الأنبياء، والملائكة، وعمل السحر، وترك الصلاة والصيام[3].

أما الشافعية، فقد خصوا الغصب والسرقة بما حلّ بمال، إلاّ أنهم

---

(1) سورة المائدة، الآية: 2.

(2) ابن عابدين الدر المختار في رد المحتار ج 5 ص 521.

(3) ابن جزي القوانين الفقهية ص 33.

بحثوا السرقة في الحدود، وبحثوا النصب في العقود والمعاملات المالية، فهي عندهم جناية، إلا أنها جناية مالية مدنية، لا تستوجب سوى التعويض[1].

ويبدو أن فيصل التفرقة ما هو يتعلق بالمال كالغصب يدخل في نطاق المسؤولية المدنية، التي تستوجب التعويض، أما إذا كان الأمر يتعلق في الحدود، فهو يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية، كالجناية على النفس بالقتل، أو إتلاف عضو وعلى المال كالحرابة.

وعندهم أن الجرائم لا تتحدد طبقاً لقاعدة «لا جريمةِ ولا عقوبة إلا بنص» بل هي حددت الجرائم بمعيار «ما هو خطير ومروع في كل زمان ومكان يدخل في شمول الجناية».

كما تولت إنزال العقوبة على فاعل هذه الجرائم، باسم الحدود. هذا وتبعاً لاختلاف ماهية الجرائم وأنواعها في كل زمان ومكان تركت الشريعة أمر تقدير الجناية إلى ولي أمر المسلمين وإلى قضائه في تحديد ماهية الجريمة الجنائية تبعاً لماهية الفعل، وحال الجاني، وحال المجني عليه، وعرف البيئة، وفي ضوء هذا الاسترشاد تقدر العقوبة باسم التعزير، وهو تأديب دون الحد، أو عقوبة غير مقدرة. وبهذا فتحت الباب واسعاً وجعلته أكثر مرونة لهدف الاستصلاح، وقمع الفتن والشرور، وقد وضع الفقيه الزيلعي معياراً مرناً بهذا الخصوص فقال:

«اجتمعت الأمة على وجوب التعزير في كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد. . وليس فيها شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقضي جنايتهم»[2].

وهكذا يتضح لنا، أن الشريعة الإسلامية، لا تشترط في المسؤولية الجنائية النص على الجريمة والعقاب، ولا شك أن هذا يحقق مرونة

---

(1) عبد الله الشرقاوي على شرح التحرير لأبي يحيى زكريا الأنصاري ج 2 ص 362.

(2) الزيلعي - تبيين الحقائق ج 3 ص 207 و208.

للشريعة وصلاحيتها للتطبيق، في كل زمان وفي كل العصور، في ضوء ما تقدم: لا نجد هناك نص خاص على عقوبات الحدود بدليل أن رسول الله ﷺ ومن بعده الصحابة استعملوا التعزير في كثير من الجرائم كل ذلك بحسب عظم الجريمة أو صغرها، وحسب شخصية الجاني، وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزية فقال:

«والتعزير لا يختصّ بفعل معين، ولا قول معين، فقد عزر رسول الله ﷺ بالهجر، وذلك في حق الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى في القرآن، وعزر رسول الله ﷺ بالنفي، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة ونفاهم وكذلك الصحابة من بعده. . . ومنها تحريق عمر بن الخطاب المكان الذي يباع فيه الخمر، ومنها تحريق عمر بن الخطاب أيضاً قصر سعد بن أبي وقاص، لما احتجب فيه عن الزعية وصار يحكم في داره ومنها مصادرة عمر بن الخطاب عماله شطر أموالهم فقسمها بينهم وبين المسلمين، ومنها أن عمر رضي الله عنه لما وجد مع السائل من الطعام فوق كفايته وهو يسأل، أخذ ما معه وأطعمه إبل الصدقة. . قال ابن قيم الجوزية، وأكثر هذه المسائل سائدة في مذهب أحمد[1]».

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية، لم تشترط في تطبيق المسؤولية النص على الجريمة والعقاب، وهذه ميزة خاصة للشريعة، وما دام الأمر كذلك، فإن تقدير الجريمة والعقاب، في غير المنصوص عنه، أمر يحتاج إلى بعد النظر وحدة الرأي ببصيرة نافذة، يراعي الزمن، وأحوال الناس، وكل ما يحقق مصالحهم بغية تحقيق العدالة، فإذا ضعفت هذه النظرة، وتحكمت المصلحة الخاصة، صير إلى ولي الأمر بتحديد الجرائم وتقدير العقوبة، شريطة أن لا نخرج عن المنصوص عنه، أو المجمع عليه، فإذا خرج المرء عن ذلك، واستهتر بالأعراف والبيئة، وأعرض عن مقاييس الأمة للفضيلة، فقد انحرف بهذا عن الدين الإسلامي، غير مبال بالاستقرار

---

(1) علاء الدين الطرابلسي ـ معين الحكام ص 190.

والطمأنينة، والأمن والأمان، وعلى هذا فالأعمال غير المباحة واسعة المدى، ولا تنحصر، فهي سواء كانت تتصف بالمسؤولية المدنية أو بالمسؤولية الجنائية، فهي ترمي في شمولها إلى دفع الضرر عن المجتمع، بما يحقق مصلحتها بحق الله، وبهذا نجد أن فقهاء المسلمين، يعبرون عن الحق العام، وهو الحق الذي يصيب المجتمع بحق الله، ويدخل في شموله المسؤولية الجنائية، فإنه بالمقابل، يعبرون بما يصيب الفرد من الضرر نتيجة المسؤولية المدنية، بأنه حق العبد، بمعنى أن الحق الخاص هو حق العبد، وحق الله هو حق المجتمع، وهو يتعلق بالنفع العام وهذا لا يختص به أحد، إنما مرده إلى الإمام أو وليه من القضاة، وبهذا نخلص إلى القول:

إن حق العبد تتحقق به المسؤولية الجنائية عند المخالفة والاعتداء عليه كالحرابة مثلاً، فهي تتعلق أيضاً بحق الله. لأن الإمام ملتزم بحفظ طرق المسلمين وبلادهم[1] هذا ويرى فقهاء المسلمين أن هناك حقوقاً مختلطة تحتوي على حق الله تعالى وحق العبد، ولكن حق الله غالب فيه، كحد القذف، وحق يحتوي على حق الله وحق العبد هو الغالب فيه، كحق العبد في القصاص.

هذا وللوصول إلى نتائج التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية يحسن بنا أن نستعرض مبدئياً طائفة من المسؤولية، سواء كان الضرر مالياً. أو كان الضرر شخصياً. أي أصاب شخص الإنسان، أو أصاب حيواناً للغير، وبهذا يتقرر مبادىء المسؤولية بالمبادىء التالية.

أولاً: إن القاعدة الأساسية، أن كل شخص يعمل عملاً ما يضر به الغير فهو مسؤول عن عمله، وهذه المسؤولية تكون مالية، إذا أصاب الضرر المال، أو كان مقدراً بالمال، وتكون جنائية إذا كان الضرر قد أصاب شخص الإنسان، وهذا ما يسمى بالضمان في النفس أو في جزء منه، هذه المسؤولية تتحقق في البالغ العاقل، أمّا الصغير أو المجنون،

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 3 ص 296.

فهما غير مسؤولين جنائياً في الحدود، ولكنهما مسؤولان جنائياً في التعويضات المالية.

ثانياً: إن سبب الضمان في المسؤولية، إما أن يكون قولياً، أو فعلياً، أو تسبباً، ناجماً عن فعل الغير بسبب من الدافع مثال ذلك كمن أغرى غيره على إتلاف مال الغير.

ثالثاً: الضمان يكون في المال، بصرف النظر عن البلوغ أو الأهلية، أي تتحقق المسؤولية في مال الصبي، والسفيه، والمجنون في أموالهم، هذا من قبيل خطاب الوضع، لا من قبيل خطاب التكليف، وعلى هذا فالمقرر شرعاً، أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء في المسؤولية المدنية، فيضمن الأعمى والنائم ما أفسده كل منهما في حالته هذه.

رابعاً: تتحقق المسؤولية المدنية في أموال من يصح أن يملك، لهذا فالحر والبالغ والعاقل يمكنهم التملك على وجه الإطلاق بلا قيد ولا شرط، وبالتالي فالمسؤولية تتعلق بذمتهم فالصغير الذي يلحق الضرر في الغير يضمن ما أفسده في ماله، وتنشغل ذمته بثمنه، أما إذا ائتمنه أحد على مال ما فأفسده، فلا مسؤولية عليه إلا فيما حفظ به ماله فيضمن الأقل، وكذا عديم الأهلية، يضمن ما أتلف من أموال الناس في ماله.

خامساً: تتحقق مسؤولية المعتدي المحجور عليه لسفه، أو تبذير، ويضمن في ماله، ما أتلف، إن كان له مال، فهو إذن يملك. ولكنه لا يجوز له أن يتعاقد باسمه، باعتباره ليس أهلاً للتعاقد، إنما التعاقد يكون باسم وليه.

سادساً: تتحقق مسؤولية المعتدي بناء على طلب الغير الذي أغراه ودفعه إلى ذلك، فالضمان في هذه الحالة للدافع المغري، وللفاعل على وجه التضامن، إن كان على وجه التساوي في الأهلية. وإلا فعلى المغري، إن كان الفاعل عديم الأهلية.. هذا والمنصوص عنه في كتب الفقه أن من أغرى ظالماً على تلف شيء، أو أخذه من ربه، فإنه يضمن، وإن قصد

بذلك دفع الضرر عن نفسه، إذ لا يجوز نفع نفسه بضرر غيره ذلك أن المسؤولية تتحقق بمجرد الأضرار بالغير، حتى لو حرض الغير إنساناً كان أو حيواناً على الإضرار، فهو مسؤول عن تحريضه، كمن يحرض كلباً، فيعقر شخصاً آخر أو حرضه على قتل حيوان آخر مملوك للغير فهو ضامن.

- التفرقة بين أنواع المسؤولية في الشريعة الإسلامية:

لم يرد في الفقه الإسلامي تقسيم لماهية المسؤولية وموضعها، كما هو في القوانين الحديثة. التي حددت للمسؤولية نوعان: المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، على أن عدم استعمال هذه التسمية والتوصيف في الفقه الإسلامي، لم يمنع الفقهاء، من تصور التمييز والتفرقة بين هاتين المسؤوليتين في أذهانهم، وهذا مستفاد من الصور التي عرضها الفقهاء في كتبهم، هذا وفي جميع الصور، نجد أن الفقه الإسلامي لم ينظر إلى الخطأ المرتكب من الفاعل، بل اهتم بالضرر الناجم عن الفعل أو التصرف، وأوجب تعويضه، وعلى هذا الأساس، يرى الدكتور شحادة من خلال دراسته لنظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية أنه: «لا يعتقد أنه يمكن التفرقة في الفقه الإسلامي بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية غير التعاقدية، ولو أنه في الظاهر نجد نصوصاً كثيرة تقابل ما بين ضمان العقد، وضمان الإتلاف[1].

ومع ذلك فإن المتتبع لكتب الفقهاء وآرائهم يجد، أنهم يفرقون بين المسؤوليتين من خلال التطبيق، بين ضمان الإتلاف، وضمان العقد، ومن يتتبع الوقائع التي يتسبب عنها الضرر، بصرف النظر ما إذا كان المجني عليه والجاني مرتبطين برابطة عقدية أم لا، يجد الفروق ظاهرة بين ضمان الإتلاف، وضمان العقد، وتظهر هذه الفروق فيما يلي:

1 ـ من المقرر أن فقهاء الشريعة الإسلامية فرقوا بين ضمان الإتلاف

(1) شفيق شحادة ـ نظرية الالتزام في الالتزام في الشريعة الإسلامية ص 172.

وضمان العقد، إذ الأول نجد أن ضمانه مقيد بالمثل، بخلاف الثاني فإن الضمان مبني على ماهية العقد ومقاصده التي تستهدف الربح والاستفادة، لهذا فالضمان غير مقيد.

2 ـ فيما يتعلق بالإجازة، هل تلحق الإتلاف فتسقط الضمان؟ قرر الأحناف أن الرأي مختلف في هذه الناحية، وأصحّه أنها تلحق ضمان الإتلاف فتسقطه، لكن الفقهاء لم يختلفوا في أن الإجارة تلحق ضمان العقد، بل هي تلحق نفس العقد.

3 ـ فرق الأحناف أيضاً بين ضمان العقد وضمان الغصب، وقالوا إن الضمان في الغصب يرد على الأوصاف، وقالوا في تعليل ذلك، إن ضمان العقد لا يتضمن به الأوصاف، أما الغصب، فهو قيض، والأوصاف تضمن بالفعل وهو القبض، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان، لا على الأوصاف، والغصب فعل يحل بالذات بجميع أجزائها، فكانت مضمونة[1].

وقد طبق هذا المبدأ في غصب عبد محترف نسي الحرفة عند الغاصب، فالغاصب في هذه الحالة يضمن النقصان، وذلك لدخول جميع أجزائه في الغصب، فما تعذر، رد عينه يجب رد قيمته[2]. بخلاف ما إذا كان ذلك في بيع حيث لا يضمن لأن العقد يرد على العين. لا على الوصف[3].

4 ـ يرى الفقهاء أن الاعتداء على المال والحيوان، يدخل في شمول أنواع الجنايات، ويقول الكاساني في هذا الشأن:

الجناية في الأصل نوعان، جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمي. أما الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضاً غصب وإتلاف[4]

(1) أحمد بن محمود البابرتي شرح العناية على الهداية على هامش فتح القدير. ج 7 ص 371.
(2) الهداية ج 4 ص 11.
(3) قاضي زاده نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير ج 7 ص 371.
(4) الكاساني بدائع الصنائع ج 7 ص 233.

والملاحظ هنا أن مما يفرق المسؤولية الجنائية عن المسؤولية التقصيرية من حيث المحل، إن محل المسؤولية التقصيرية في الأصل الأموال، بينما محل المسؤولية الجنائية في الأصل هي النفس.

5 ـ تعرض الفقهاء كثيراً إلى ضمان العقد وضمان الإتلاف والغصب، إذ يقول السرخسي في هذا الشأن ما يلي:

أما فعل الفصّاء والبزاغ فإنه مضمون ضمان عقد[1] ويقول أيضاً ضمان العقد غير مبني على المماثلة، باعتبار الأصل، بل على المراضاة، وكيف يبنى على المماثلة والمقصود بالعقد الربح؟ ثم إنه ضمان مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والمكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فسيضطر اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد، أما الإتلاف محظور غير مشروع، وضمانه مقدر بالمثل بالنص، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإتلاف.

6 ـ ميز الفقهاء بين ضمان العقد وضمان الاستهلاك أو الغصب، ففي ضمان العقد اشترطوا أن يكون المعقود عليه في يد العاقد، هذا الشرط لم يشترطوه في ضمان الغصب، وعلى ذلك قالوا: ما هلك في يد صاحبه بدون صنع الأجير فلا ضمان عليه. هذه وهي القاعدة المقررة عندهم. وعلى ذلك قالوا: إن كان صاحب المتاع راكباً في السفينة، أو على الدابة التي عليها الحمل، فعطبت فلا ضمان عليه، لأنه كان راكباً، وحده، فالمتاع في يده، وإن كان راكباً مع المكاري، أو قائد السفينة، أو السائق فكذلك، لأن يد الأجير إنما ثبت إذا زالت يد المالك بالكلية، ولم تزل هنا وبالتالي فلم يكن المحل مضموناً باليد والفعل.

أما ما هلك في يد المالك بصنع الأجير بأن جنحت السفينة بيد

(1) السرخسي ـ المبسوط ج ص 149.

الملاح، أو انقطع حبلها أو عثرت الدابة من سوق المكاري، أو عثر الحمال، فهو ضامن.

قال في شرح التجريد لأنه ضمان استهلاك، فلا يفرق بين ما إذا كان في يده، أو في يد غيره[1].

فالضمان فيما تقدم في العقود يشترط إذن أن يكون الشيء المتلف في يد المتعاقد الذي أتلفه، والأمثلة على ذلك، المستأجر يضمن هلاك العين المؤجرة إذا هلكت في يده، وكذا الوديع يضمن الوديعة، إذا هلكت بتعديه، كل هذا يدخل في شمول المسؤولية العقدية لأن مرده ما اتفق عليه المتعاقدان.

أما الغاصب أو المتلف فيضمن في جميع الحالات حتى ولو زالت يده عن المغصوب بحق كالعقد، أو بغير حق كالسرقة ويضمّن المتلف ما أتلف ولو كان الشيء في يد صاحبه.

7 ـ في ضمان الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض. هل هو ضمان عقد أم ضمان يد؟ اختلف الشافعية في ذلك، فقال البعض إنه لا يصح بيعه، باعتباره مضموناً ضمان عقد في الأصح، وقال آخرون يصح بيعه باعتباره مضموناً ضمان اليد، وعلى هذا، فإذا أتلف انفسخ الصداق، ولزم مهر المثل في قولٍ بناء على ضمان العقد، وقول آخر لا ينفسخ ويلزم مثله بناء على ضمان اليد، ومنها المنافع الثابتة في يده لا يضمنها على الأصحّ، بناء على ضمان العقد، ويضمنها بناء على ضمان اليد.

8 ـ في ضمان العقد وضمان اليد، فرق الشافعية في هذا فقالوا: إن المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن بخلاف المضمون ضمان يد[2].

---

(1) علاء الدين الطرابلسي ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص 495.

(2) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الأشباه والنظائر ص 173.

9 ـ في عدم الضمان لانتفاء العقد فإذا أتلف الصبي ما أودع عنده بلا إذن وليه، أو ما أعير له، فلا يضمن، لأنه مسلط على الشيء من المالك، ويقول ابن عابدين: «لكن في أبي السعود عن القنية، إنها ضمان عقد عندهما، والصبي ليس من أهل الضمان، وعند أبي يوسف ضمان فعل، وهو من أهل الالتزام بالفعل»[1].

هذا وقد أقر السيوطي مبدأ فاصلاً عين به التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وذلك من خلال تقسيمه للضمانات إلى أقسام فقال:

الأول: ما يضمن ضمان عقد مطلقاً، وهو ما عين في صلب عقد بيع، أو سلم، أو إجارة، أو صلح.

ثانياً: ما هو ضمان يد قطعاً، كالمغصوب والعواري ونحوها.

ثالثا: ما فيه خلاف، والأصح أنه ضمان عقد، كمعيّن الصداق، والخلع، والصلح عن الدم، وجعل الجناية.

رابعاً: عكسه، وذلك في صورة الصلح.

وخلص من حيث النتيجة إلى القول:

«والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد، إن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه العاقدان، أو بدله، وضمان اليد مرده المثل أو القيمة»[2].

وعلى هذا نجد أن التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وإن لم ينص الفقهاء على هذه التسمية، لكن هذا ملاحظ من خلال بحوثهم، أو أقوالهم في كتب الفقه، ومع ذلك نجد أن لفظ التقصير قد استعمله الفقهاء استعمالاً يرمي إلى المعنى المقصود من المسؤولية التقصيرية في العصر الحديث، ويحسن بنا أن نعرض بعض الحالات التي استعمل الفقهاء فيها لفظ التقصير.

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 140.

(2) السيوطي ـ الأشباه والنظائر ص 227.

ـ استعمال الفقهاء للفظ التقصير:

الأصل أن الفقهاء استعملوا لفظ الضمان بمعنى التعويض عن المساءلة، أذ المساءلة مقررة نتيجة الاعتداء، وهو التقصير، ويقابله في العصر الحديث الخطأ، أو الإهمال وعدم الاحتراز، والضمان من حيث النتيجة يقصد به رد قيمة الهالك أو مثله، وعلى هذا نجد استعمال لفظ التقصير في الأمثلة التالية:

1 ـ القتل نتيجة التقصير:

«لو سقط سرج دابة، فعطب به إنسان، فالدية على السائق أو القائد، لأن السقوط لا يكون إلا بالتقصير منه في شد الحزام، فكان سبباً للقتل، وبالتالي فهو متعد في التسبب بالوقوع، هنا تتم نتيجة تقصير الراكب بترك الربط والأحكام[1].

2 ـ الضمان بسبب التعدي:

من قاد قطاراً فهو ضامن لما وطيء، لأن عليه حفظه، كالسائق فيصير متعدياً بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان[2].

3 ـ الضمان شرط التفريط:

فالضمان يتحقق على من يفرط في الحفظ، فالمواشي التي يفرط أصحابها في حفظها ولم يمنعوها من الزرع، فهم ضامنون تعديها[3].

4 ـ ضمان العارية على صاحبها إن هلكت بغير تعد.

ـ معيار التفرقة في المسؤوليتين! العقدية والتقصيرية:

تتجلّى التفرقة بين المسؤوليتين العقدية والمسؤولية التقصيرية فيما يلي:

---

(1) الكاساني ـ بدائع الصنائع. ج 7 ص 281.

(2) عبد الغني الميداني ـ اللباب في شرح الكتاب ص 290.

(3) ابن جزي القوانين الفقهية ص 320.

الفارق الأول: في الأهلية:

المراد بالأهلية هنا أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لممارسة التصرفات الشرعية التي يتوقف اعتبارها على الفعل، فالأهلية شرط إذن لصحة التصرفات، لأنها تتعلق بالقصد أو الإدراك، فإذا انتفى القصد والإدراك، فلا يعتدّ بالتصرف. وعلى هذا فأقوال الصبي غير المميز لا يعتد بها شرعاً، وإن كانت نافعة، إذ الأصل توفر القصد والإدراك لانعقاد العقد، وإلى هذا أشار فقهاء الأحناف فقالوا: «إنه يشترط لانعقاد العقود أن يكون كل من العاقدين مميزاً، يعقل معنى العقد ويقصده»[1]. ومن هذا المنطلق تعتبر عقود المحجور عليه لصغر سنه، وعدم تمييزه باطلة، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو ضارة له ضرراً محضاً، أو دائرة بين النفع والضرر[2].

وعلى هذا لا تصح التصرفات القولية من الصبي والمجنون، ومرد ذلك حديث علي وعائشة رضي الله عنهما «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق». ومقتضى هذا الحديث إسقاط أقوالهم وأفعالهم، أما في الإتلافات، والغرامات، والأعواض المالية، فحكم الصغير فيها كحكم الكبير، ذلك أن أهلية الوجوب بالنسبة للصغير قائمة، وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى ثبوت الحق له وعليه، فالصغير إذن يضمن المتلفات، وتجب عليه النفقات، ذلك أن الغرض من الوجوب هو التعويض والمساهمة، ونفع المجتمع وبناءه، وتحقيق تضامن الأسر، وفي هذا لا يختلف شخص عن آخر. مما تقدم يتبين لنا:

إن المسؤولية العقدية يتطلب فيها قيام أهلية الإداء، كما أنه في المسؤولية التقصيرية يتطلب فيها أهلية الوجوب.

---

(1) قدري باشا مرشد الحيران المادة ـ 174.

(2) المرجع السابق المادة ـ 175.

الفارق الثاني: في التعويض:

التعويض في المسؤولية العقدية يقوم على الاتفاق والرضا بين الطرفين، فهو إذن لا يقوم على أساس المماثلة، لأن العقد يهدف إلى الربح، وهو مشروع، في حين أنه في المسؤولية التقصيرية. نجد أن التعويض يقوم على أساس المماثلة، لأن الأصل فيه دفع الضرر وإزالته عن طريق المماثلة عملاً بقوله تعالى:

﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[1].

الفارق الثالث: في التضامن:

التضامن في المسؤولية العقدية يمكن قيامه بالنص عليه بين العاقدين، ويمكن اعتباره، قائماً في بعض العقود، تبعاً لماهية العقد ونوعه، كما في شركة المفاوضة عند الأحناف، إذ تقوم هذه على أساس المساواة في المال، والتصرف، والدين، فما يلزم أحدهما من أبواب التجارة وغيرها يلزم الآخر، إذا تضمن هذه، الوكالة والكفالة، في حين أننا نرى أنه في المسؤولية التقصيرية لا يقوم التضامن مطلقاً، لأن الأصل أنه لا تضامن بين المجرمين عملاً بقوله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾﴾[2]، بمعنى أنه: لا يسأل المجرم إلا عن فعله، وبمقدار ما أثر في جريمته، فإذا فعل، أي ارتكب شخصان جريمة ما، وأتلفا مالاً من فعلهما. انقسم الضمان عليهما[3].

هذا وقد استثنى المالكية من هذا المبدأ المحاربين، فقد نصوا على تضمين الواحد منهم ما سلبوه جميعاً بالحرابة، وكذلك الأحناف استثنوا من هذا الأصل المغصوب منه، فقد خيروه بين تضمين الغاصب وبين تضمين من تلقى الملك من هذا الغاصب.

هذه هي فروق التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

---

(1) سورة الشورى، الآية: 40.

(2) سورة النجم، الآية: 38.

(3) الكاساني ـ بدائع الصنائع، ج 7 ص 947.

الفصل الثالث

المسؤولية والضمان

تعريف المسؤولية: عرّف الفقهاء المسؤولية فقالوا: المسؤولية هي تضمين مفسدة مالية لم يسبقها عقد، أو بدنية لم تقترن بقصد، والتضمين الفقهي كالتغريم، وهي عبارة عن، رد مثل الهالك أو قيمته[1] فالضمان والحالة هذه هي أثر من آثار المسؤولية نتيجة الفعل الضار، وقد عرّف الشوكاني الضمان بقوله: «إنه عبارة عن غرامة التالف» والحاكم هو الذي يقوم بالتضمين، ويقوم مقامه ولي الأمر ونائبه وقضائه.

فالضمين إذن يتم نتيجة المضرة التي يفعلها الإنسان، وهي مفسدة، ينزلها بالآخرين وهذه المفسدة، إذ هي مفسدة مالية تخرج عنها الأضرار البدنية والأضرار العامة، التي تتعلق بأمن المجتمع وسلامته كما تخرج عنها المسؤولية العقدية باعتبار أن المفسدة المالية لم يسبقها عقد، وبالتالي فلا يدخل فيها الضمان الناشىء عن الالتزام بعقد، وكذا المسؤولية الجنائية، تخرج عن هذه المسؤولية. لأن المسؤولية الجنائية تقترن بالفعل القصدي، بينما المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن الفعل الضار لا تقترن بالقصد الفعلي، فضلاً عن أن التضمينات في المسؤولية الجنائية تنشأ عن مخالفة الفاعل لنص الشارع.

فالمسؤولية عن الفعل إذن هي مسؤولية تهدف إلى إزالة المفسدة، ويلتزم الفاعل بها برد مثل الهالك أو قيمته، لإعادة الحالة كما كانت عليه

(1) الحموي ـ غمز عيون البصائر ج 2 ص 211.

قبل الفعل، ومرد هذا التوازن لإصلاح الضرر مستمد من القواعد الشرعية وهي التي توجب ذلك، وهي متعددة الصيغ في كتب الفقه منها:

«الضرر يزال» «لا ضرر ولا ضرار»، إذ أساس الشريعة تقوم على درء المفاسد وجلب المنافع، وحقيقة الأمر في وجوب المساءلة عن الفعل الضار، أن الحياة تقتضي السلوك الصحيح، وهو الواجب الاتباع، بحيث لا يضر المرء بسلوكه الغير، وإذا أضرر فيقتضي إزالته تبعاً للمساءلة، ومبدأ المساءلة هذا مبدأ عام أطلق في كل شيء، كما أن كلّ من كان له رقابة ورعاية على الغير فهو مسؤول، إذا أخل بهذه الرعاية، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال: **«كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته. والرجل راع في أهله ومسؤول عن رعيته. والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤول عن رعيتها. والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته. والرجل راع في مال أبيه ومسؤول عن رعيته. وكلكم راع ومسؤول عن رعيته»**[1].

فالمساءلة إذن قائمة ومقررة في هذه الحياة سواء كانت دنيوية مادية، أو أدبية، أو أخروية، حتى أن الامتناع عن دفع الظلم تتحقق به المساءلة، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ، فقال:

«إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يده أوشك أن يعمهم الله تعالى بعقابه»[2] فالتقصير إذن موجب للمساءلة سواء كان عن رعونة أو إهمال أو تفريط، فالتقصير في الأمر بالمعروف أو التقصير في دفع المنكر أو التقصير في دفع الظلم، كل هذه توجب المساءلة، لأن هذا التقصير إخلال بالسلوك الواجب الاتباع، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال:

«والله لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدي الظالم

---

(1) رواه الخمسة.

(2) رواه الترمذي.

ولتأطرنه على الحق أطراً. ولتقصُرنّه على الحق قصراً، أو ليضربنّ الله بقلوب بعضكم بعضاً»[1].

وحقيقة الأمر أن الفعل الضار هو كل فعل حسي ترتب عليه ضرر، سواء كان عن طريق مباشرة، أو عن طريق التسبب وهو أن يفصل بين الفعل وبين حدوث الضرر فعل آخر. وهذا الضرر يعتبر غير مباشر.

فالضرر المباشر إذن هو الضرر الناجم عن الفعل مباشرة، مثال ذلك، أن يعمد إنسان إلى إناء للغير فيكسره عمداً، أما الضرر غير المباشر هو يتم بطريق التسبب، كأن يفصل بين الفعل وبين النتيجة وهي الضرر فاصل، وهو فعل آخر، كمن يحفر في ملك الغير، أو في الطريق العام حفره، فسار فيه حيوان فسقط فيها فتلف. ففي هذه الحالة: نجد أن تردي الحيوان فعل له توسط بين الحفر والضرر، وهو تلف الحيوان، فالضرر هنا ينسب إلى الحفر، وهذا هو الفعل الضار الذي ترتب عليه تلف الحيوان، فأي فعل إذن يكون هو السبب في الضرر، يترتب عليه الضمان شرعاً، والفعل بحد ذاته يكون هو السبب في الضمان. فالمسؤولية على هذا الأساس تترتب عن الفعل الضار الذي يقتضي الضمان، على أن الضمان يختلف سببه تبعاً لماهية الفعل، بمعنى أن أسبابه مختلفة مما يقتضي بحث هذه الأسباب.

ـ في أسباب الضمان:

إن أسباب الضمان عديدة ولها معايير عديدة في كتب الفقه، وجميعها تفيد معنى اختلاف أسباب الضمان، فمثلاً نجد الفقهاء، يعبرون عن أسباب الضمان بأنه إلزام من الشارع، كما يذكرون الضمان بأن سببه العقد، وإلى جانب هذا نجد أنهم يذكرون الاعتداء، والإتلاف والغصب، كما يذكر بعضهم التفويت، والتعيب والتغيير، ويعد البعض، اليد والشرط،

---

(1) رواه أبو داود والترمذي.

والحيلولة بين المال وصاحبه، والغرور والتغيير، ويعد بعضهم اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور، وبعضهم يذكر التسبب هكذا.

فأسباب الضمان هي إلزام الشارع، والسبب الثاني الالتزام الإرادي المترتب على العقود، والسبب الثالث الفعل الضار. والسبب الرابع يد الضمان، فالمسؤولية إذن إذا قامت على الإتلاف والتفويت أو التعيب أو الغصب أو وضع اليد وصدرت على أموال الغير من مكلف دون إذن من المالك، فهي اعتداء، أما إذا صدرت ممن لا تمييز عنده، أو صدرت من نائم، فلا تعتبر اعتداء، لأن الاعتداء لا يعتبر، إذا كان عن مخالفة، كما تجب الطاعة فيه من الأوامر، وهذا غير متحقق فيمن لا تمييز عنده، لأنه، لا وجوب عند عدم التكليف، ومع ذلك، فإن الضمان واجب في الحالتين. وكذا الغصب يتم بوضع اليد على المال، من غير المالك، كما في وضع اليد على اللقطة إذ كانت بنية الإخفاء والتملك، فهو موجب الضمان، أما إذا كان التقاطها بنية ردها إلى مالكها فلا ضمان فيه.

أما إذا كان الفعل امتناعاً عن القيام بعمل، وهو الفعل الحسي المرتبط بالنفس، كالامتناع عنه ينجم عنه ضرر في مال الغير، فلا ضمان في هذه الحالة، كمن إذا رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً، وكان في مقدوره إنقاذ المال، ومنع الضرر عنه، ولم يفعل، فتلف المال، فلا ضمان عليه لانعدام المباشرة، لأن المباشرة تتحقق إذا كان الفعل الضار متصلاً بمحل الضرر، كما في اتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف، وهذا متصور في الفعل المادي الحسي. بهذا نخلص إلى النتيجة، وهي: أن التسبب إنما يتحقق إذا كان التلف تم نتيجة فعل أدى إليه فعل سابق عليه هيأ له وجوده، وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبته إليه هذا هو الفعل المباشر.

أما في حالة الكف عن الإنقاذ مع وجود النار واقترابها من الشيء، وعدم المداخلة، فإن الضرر يتم مع نتيجة اقتراب النار والامتناع عن الإنقاذ جميعاً، هذا الامتناع وإن يكن هو السبب في الضرر بيد أن الشرط في

اقتضاء الضمان، أن يكون هناك اعتداء، وفي حالة الامتناع لا نجد أي فعل مادي صدر عن الممتنع، لهذا فلا يمكن أن يؤاخذ على ما في نفسه، وما استكن في عقله من كف وإرادة.

أما المالكية فيذهبون إلى وجوب الضمان، لأن الامتناع فيه ترك للواجب الملقى، على الإنسان، وهو المحافظة على مال أخيه المسلم وقد توفرت قدرته على ذلك وخلصوا إلى المبدأ، إن من ترك واجباً فترتب على هذا الترك ضرر مباشر، فهو ضامن، ويضربون المثل على ذلك أنه من مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها. وهو عالم أنه بتركه لها فهي معرضة للتلف، ثم تلفت ضمنها، لأن الضرر نجم عن تركه الواجب فتلفت بذلك، وبما أنها مال فهو ضامن لصاحبها قيمتها.

وقيل لا ضمان فيها على الملتقط، لأن الترك في هذه الحالة لا يعد تضييعاً للمال، إنما هو امتناع عن حفظ المال، وهو غير واجب عليه.

فالخلاف إذن فيما تقدم هو ما يتعلق بوجوب الحفظ، ووجوب الفعل الحسي المؤدي إلى التلف، ذلك أن التلف تسبب عن فعل حسي وهو الترك أي ترك الواجب، ففي عدم التقاط اللقطة وتركها فتلفت بسبب ذلك وجب الضمان.

فمرد الخلاف هو في وجوب الحفظ، وقد جزم في البحر بأن القول بوجوبه شاذ، ولكن لو أخذها ثم تركها فتلفت ضمن، لأن التلف تسبب عن فعل حسي. هو تركها، وقيل لا يضمن أيضاً في هذه الحالة، لأن التلف ليس بفعله، بل بفعل آخذها بعد ذلك، والمثال على ذلك:

لو رأى إنسان مال غيره يسقط من شخص في الطريق وسكت عنه، ولم يخبر صاحبه. قيل يضمن إذا ضاع المال على صاحبه. ومثال آخر:

رأى شخص حماره يرعى زرع غيره، فتركه، ولم يمنعه ضمن، لأن فعل حماره منسوب إلى صاحبه عادة. هذا إذا كان مالك الزرع المعرض للتلف غير حاضر، أما عند حضوره وعدم تدخله لمنعه، فلا ضمان على صاحب الحمار، لأن حفظ المال متطلب من مالكه.

هذا ويكون الفعل الحسي موجباً لضمان الضرر المترتب عليه إذا كان متصلاً بمحل الضرر، وكان صادراً ممن له ذمة، أما إذا لم يكن متصلاً بمحل الضرر، فلا ضمان فيه، لأنه لا يضمن من حبس عن الدواب مالكها، فأدى ذلك الحبس إلى هلاك الدواب، أو ضياعها لعدم وجود من يطعمها، أو من يرعاها ويحفظها، لأن الحبس، وإن كان فعلاً حسياً، بيد أنه لا يتصل بالدواب، وإنما هو فعل في مالكها، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1].

ويبدو أن هذا الرأي ينفي المسؤولية بمقولة: إن الفعل لا يتصل بمحل الضرر؛ ورأى البعض أن المسؤولية تتحقق، ورتبوا عليها الضمان، طالما أن الحسّ كان بغير حق أو مبرر، وإلى هذا جنح بعض الحنابلة: إذ فرقوا بين حبس بحق، فلم يترتب عليه الضمان، وحبس بغير حق فرتب عليه الضمان، ويبدو أن هذا الرأي متفق مع منطق الأحداث، وفيه حماية لحقوق الناس وأموالهم، بمجرد أن يكون الفعل قد ألحق ضرراً، سواء كان مباشراً أو تسبباً. فالضمان لازم طالما أن الفعل غير مشروع، لأن الأصل، أن الشريعة الإسلامية نزلت رحمة للعالمين، وشرعها الله سبحانه وتعالى لمصلحة عباده وصلاحهم، وهدايتهم، وإلى فعل الخير وتحقيق سعادتهم، فلا يسوغ إذن عقلاً وعدلاً، أن لا يسأل المرء عن فعله الضار، لهذه الغاية وصف رسول الله الكريم بصفة الرحمة، قال تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾[2]. وقال تعالى وقد كتب على نفسه الرحمة:

﴿وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلَّذِينَ هُم بِـَٔايَٰتِنَا يُؤْمِنُونَ ﴿١٥٦﴾ ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِيَّ ٱلْأُمِّيَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[3].

---

(1) علي الخفيف الضمانات ص 42.

(2) سورة الأنبياء، الآية: 107.

(3) سورة الأعراف، الآية: 157.

هذه هي روح الشريعة الإسلامية وهدفها، فالأصل فيها السلوك بما ينفع الناس لا بما يضرهم، وعلى هذا فكل ما يضر الناس فهو غير مشروع سواء كان مباشراً أو غير مباشر، فكل فعل يأتيه المرء إذا كان مكلفاً، ولا يكون فيه حق له، إنما هو اعتداء يقتضي التعويض عنه للمتضرر، لأن الاعتداء أصلاً محظور، وكل محظور تحقق فيه المساءلة، أما الأفعال المجازة، فهي الأفعال المشروعة من جهة، والتي يمارس بها الفاعل حقاً له، ففي هذه الحالة لا ضمان على فعله، إلا إذا أساء استعمال هذا الحق، فتتحقق المساءلة عندئذٍ، نتيجة للإساءة في استعمال حقه، والأمثلة في الأفعال الضارة الموجبة للمساءلة كثيرة لا تقع تحت حصر مثلاً.

من حبس شاة فمنع الطعام عنها بطريق حبسها هذا فنفقت، فإنه يضمن قيمتها، لأنها نفقت نتيجة فعله بمنعها عن الطعام. وكذا من حبس إنساناً. فقد أبعده بذلك عن عمله وكسبه، إذ ترتب على فعله هذا منعه عن المال وهو الكسب المشروع، فإنه يضمن في هذه الحالة ما ألحق بالغير من ضرر، باعتدائه على حق كسبه[1].

وهكذا نخلص إلى أن الفعل الضار، ليس بالفعل المشروع، إذ الأصل أن المطلوب في الشريعة هو كل ما فيه مصلحة عامة، والفعل الضار عكس ذلك، وبالتالي فهو ممنوع، ذلك أن الشريعة ترمي إلى تحقيق مصالح العباد، لهذا وجب درء المفاسد. وهذا ما أشار إليه ابن قيم الجوزية فقال:

«إذا تأملت شرائع الله وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخاصة، أو الراجحة، وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها، وإن فات أدناها. كما لا تخرج عن درء المفاسد الخالصة، والراجحة بقدر الإمكان، وإن تزاحمت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها. وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه، ورتب حقوق عباده».

(1) شمس الدين الرملي ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج 5 ص 152.

فالفعل الضار إذن: هو السبب للتضمين سواء كان قصداً أو كان الفعل خطأ، طالما كان سبباً في إلحاق الضرر بالغير، لهذا كان محظوراً، سواء وصف بالاعتداء، أو وصف بالمخالفة، هذا الضرر سواء صدر عن مكلف، أو غير مكلف، فلا يختلف الحكم من حيث النتيجة من وجوب الضمان، لما يترتب على الفعل من تلف، فإذا صدر الفعل عن النائم، أو المجنون، أو الطفل، يقتضي التضمين، لأن التضمين مبني على جبر الفاقد، وذلك عن طريق المعارضة، حتى لا يظلم أحد في ماله، ومن هذا يتضح أن أهلية التكليف ليست هي السبب في التعويض، لأن الأهلية إذ هي مرتبطة بذات الفاعل، فهي إذن ليست مرتبطة بقصده وإدراكه، ومن هنا كان الضمان واجباً حتى على فاقد أهلية التكليف، وبالتالي يترتب على فعله أثره، إذا صدر من نائم أو مجنون، ولعل هذا هو السبب الذي جعل الضمان قائماً. سواء في الاعتداء المقصود، أو في الفعل الخطأ، إذ الخطأ يقع على خلاف الإرادة، وإذا كان الضمان لا يترتب على تحقق الإرادة في الفاعل، بل إن الضمان قائم على جبر الضرر، لهذا كان الخطأ لا يعفى من المسؤولية، بل على العكس نجد أن الخطأ في الفقه الغربي عند رجال القانون هو ركن من أركان المسؤولية بينما نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أن العمد والخطأ في الأموال سواء، ويريدون بالخطأ هنا. وقوع الشيء على خلاف الإرادة. وهو ما يدل عليه هذا اللفظ، في قوله ﷺ، «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان**»، أي إثمهما، وهذا خلاف ما يدل عليه الخطأ في مفهوم القانون، إذ عرف رجال القانون الخطأ بأنه الانحراف عن السلوك الواجب الاتباع، كما ربطوا الخطأ بالضرر، فقالوا: كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلتزم من ارتكبه بالتعويض، في حين أن الشريعة الإسلامية حددت مفهوم الخطأ بالذنب والإثم، قال تعالى:

﴿قَالُواْ يَٰٓأَبَانَا ٱسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَآ إِنَّا كُنَّا خَٰطِـِٔينَ ﴿٩٧﴾﴾[1]. فالخطأ عندهم كل ما يدل على لفظ الاعتداء في تعبير الشرعيين، وإن الضمان منوط تحقيقه بالاعتداء، عمداً كان أو خطأ.

---

(1) سورة يوسف، الآية: 97.

هذا «ولما كانت النزعة المادية مسيطرة على الفقه الإسلامي، فإنه لم ينظر فيه إلى خطأ من ارتكب هذا الفعل بقدر ما نظر إلى الضرر وإلى وجوب تعويضه، وقد يكون من الأصح فيه أن يعبر عنه كما فعل الفقهاء أنفسهم بلفظ الضمان، في مقام الكلام عن المسؤولية»[1].

وعلى هذا نلاحظ أن العنصر الذاتي وهو الخطأ، وإن كان قد تكلم عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بمناسبة القتل، ولكن بقناعتنا أن المقصود من كلامهم فيه كان عند القصد، أي البحث عن توفر نية الإضرار، في حين من المسلم به والمعروف أن الخطأ يوجد حتى عند انتفاء النية، ومع ذلك، فالفقهاء، استعملوا في كثير من النصوص لفظ «التقصير» و«التعدي» في موقع إظهار الخطأ، ولكن في الحقيقة أن هذين اللفظين يفيدان معنى الفعل غير المشروع، فإذا لم تظهر مشروعية الفعل صراحة من خلال نصوص العقد أو من خلال الشرع، فيلجأ عندئذٍ إلى العرف لتعيين حدّ المشروعية، ويعتبر تقصيراً ما دون هذا الحد، كما يعتبر تعدياً فيما يجاوزه. مثال ذلك: من استأجر دابة فاستعمل لقيادتها أعنّة لا تستعمل في العادة، كان مقصراً، وكذا المعلم الذي يضرب بأمر الوالد، لا يسأل إلا إذا تجاوز في ضربه حد التأديب المعروف، فيعتبر في ذلك التجاوز متعدياً[2]. ومع ذلك نجد أن فكرة الخطأ في المسؤولية، نراها تبرز في الشريعة الإسلامية في حالات التقصير في حفظ الوديعة، إذ قد اشترط الفقهاء، في عقدي العارية والوديعة. أن يحفظ الوديع والمستعير الشيء كحفظه مال نفسه، وفي غير ذلك يعد مسؤولاً، وكذا الصانع إذا لم يكن متحرزاً، وهلك الشيء نتيجة عدم تحرزه، حتى ولو لم يكن هناك تعد، أي فعل غير مشروع، كان مسؤولاً، لأنه قصر في المهارة والحذاقة.

وخلاصة القول: إن الفعل إذا كان ضاراً في ذاته استوجب الضمان

---

(1) شفيق شحادة ـ نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية ص 172.

(2) شفيق شحادة المرجع السابق ص 173.

عن التلف الذي ألحق بالشيء، لأن الفعل الضار محظور أصلاً. سواء صدر عن مكلف، أو عن ناقص الأهلية، أو عديم الأهلية، لأن الشارع أوجب دفع الضرر ومنع حدوثه، تبعاً للقاعدة التي سنها رسول الله ﷺ، إذ قال **«لا ضر ولا ضرار»**، ولا شك أن هذه القاعدة تتعلق بكل من له ذمة مالية، سواء كان مكلفاً، أو دون سن التكليف، أما من كان لا ذمة له، وألحق الضرر بالشيء فلا ضمان، لأنه ليس بأهل، لأن يملك المال، كفعل العجماء، إذ فعل العجماء يذهب هدراً لحديث رسول الله ﷺ **«فعل العجماء جبار»** أي لا ضمان فيه على مالكها، إلا إذا كان فعلها تم نتيجة إهمال وتقصير، وقلة احتراز في رعايتها من مالكها، ففي هذه الحالة يضمن مالكها الضرر.

الفصل الرّابع

تأصيل المسؤولية في الشريعة الاسلامية

أصلت فكرة المسؤولية منذ بدء الخليقة وهي تقوم على محاسبة الإنسان عن أعماله إن خيراً فخير وإن شراً فشر، والمساءلة هذه إذ تعني المؤاخذة فهي تعني الضمان عن أفعال المرء الضارة إن كانت المسؤولية مدنية، كما تعني العضوية والجزاء إن كانت المسؤولية جنائية. والمسؤولية إذ هي تتضمن بمفهومها المخالف السلوك السوي والسير في طريق الهدى والرشاد فإن هذا السلوك المستقيم يدخل في شمول دعوة الأنبياء والرسل، لهذا فقد أصّلت المسؤولية في جميع الكتب السماوية، كما أصلت في السنة النبوية، سنة رسول الله ﷺ، وفي ضوء هذا التأصيل الإلهي والنبوي فقد أصلهما أيضاً فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم. لهذا يجدر بنا البحث في تأصيل هذه المسؤولية في المصادر الثلاث، القرآن، والسنة النبوية، والفقه الإسلامي.

أولاً: في القرآن:

من المُسلم به أن القرآن الكريم هو الأصل الأول للشريعة الإسلامية، هذه الشريعة تتضمن أحكاماً، حددت فيها مفاهيم الحقوق والواجبات وهدفت إلى إقامة الدين الإسلامي الحنيف، دين الإيمان بالألوهية والربوبية والوحدانية لله تعالى، كل ذلك تأصيلاً للعقيدة الإسلامية التي جاء بها القرآن الكريم هدًى للناس، وبينات من الهدى والفرقان، والذي حض على المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية وهي: النفس، والمال، والعرض، والنسب، والعقل والدين، والنظام العام، وإذا كان الأمر كذلك

فمن المُسلم به أن القرآن يأمر باتباع أوامر الله، والانتهاء عن نواهيه، وتبعاً لذلك فقد نص على معقب جزائي، أو مالي يفرض على المعتدي على أي أصل من هذه الأصول، لهذا كان مسلماً أن تحدد نصوص المسؤولية، لتحقيق الجزاء عقوبة أو ضماناً، وبهذا كان القرآن الكريم الأصل الأول الذي استمدت الشريعة الإسلامية منه مبادىء المسؤولية الناجمة عن الخطأ والاعتداء، سواء كان الاعتداء على حق الله، أو حق العبد، وقال تعالى مشيراً إلى الجزاء في الاعتداء على حقه:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[1]. وكذا الجزاء في الإلزام من كفارات في الإيمان، في الإفطار عمداً في رمضان، هذا الجزاء كان نتيجة الاعتداء على حق الله، فالجزاء هنا عقوبة محضة لزجر من يرتكب إثماً.

أما فيما يتعلق بالاعتداء خطأً على حق العبْد فقد نص الله سبحانه وتعالى على الجزاء أيضاً فقال:

﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾[2].

هذا في حالة وجود النص الصريح أما في حالة عدم النص. فقد فتح القرآن باب الاجتهاد بالرأي عند ذلك، لأن القصد هو تحصيل المصالح، وحفظ النظام، والحقوق، وإيجاد الحلول التي تتفق مع مبادىء الشريعة الإسلامية وأصولها في كل ما يحدث في هذه الحياة، ذلك أن التطبيق على الجزئيات لا يقف عند حد، بل إن الحلول تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، لهذا تركت الشريعة هذه الجزئيات إلى أهل الرأي والرشاد، ليستنبطوا الحلول من القرآن والسنة، قال تعالى في هذا الشأن:

﴿ وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ

---

(1) سورة المائدة، الآية: 95.

(2) سورة النساء، الآية: 92.

﴿مِنْهُمْ﴾[1] ولا شك أن طرق الاستنباط مختلفة عند أهل الرأي، «إذ منهم من يقف عند دلالة اللفظ للنص الوارد في أصل التشريع، ومنهم من ينظر إلى العلة والحكمة التي بنيت عليها، إذ «الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدماً»، كما أن منهم من يحكم وفقاً للمصلحة التي جاءت بها الشريعة، وهكذا نستطيع أن نجد الحلول والأحكام في كل قضية أو واقعة على اختلاف الأزمنة والأمكنة.

ثانياً: في السنة:

السنة النبوية هي الأصل الثاني في تأصيل المسؤولية في الشريعة الإسلامية، إذ أقرت المساءلة في الكثرة الكثيرة من المساءل التي يتحقق فيها والاعتداء وأوجدت الحلول العادلة. وسنعرض بعض الأحكام التي قررتها السنة الشريعة في المسؤولية وهي:

ـ الغصب:

أقرت السنة الكريمة على أن من يأخذ مال الغير قهراً بدون إذن صاحبه، فهو مغتصب، والجزاء الرد، أي إقامة التوازن بين الذمتين. إذ قال رسول الله ﷺ:

«على اليد ما أخذت حتى ترد».

كما أقر المسؤولية في بيع ملك الغير فقال:

«من وجد ماله عند رجل فهو أحق به».

كما أقر المسؤولية في إتلاف الطبيب لمن يعالجه فقال:

«من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن».

وعن أنس رضي الله عنه قال: أُهديَ إلى النبي ﷺ طعام في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها قال النبي ﷺ: **«طعام بطعام وإناء بإناء»**.

---

(1) سورة النساء، الآية: 83.

هذا كما أقرت السُنة المسؤولية في الإهمال وعدم الاحتراز إذ أقر الرسول ﷺ الضمان على أهل الماشية التي أتلفت زرع الغير، إذ روى أحمد وأبو داود وابن ماجه. «أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ، **«أن على أهل الحائط حفظها بالنهار، وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضمان على أهلها»**.

كما أقر رسول الله المساءلة لصاحب الدابة، إذ ألحقت ضرراً بالغير نتيجة إهماله، إذ روي عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ:

«من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»[1] .

كما تقررت المسؤولية عن الامتناع عن فعل الخير بما هدد حياة شخص ملهوف، بالموت فقد روي عن أحمد «أن رجلاً أتى أهل بيت فاستقاهم، فلم يسقوه حتى مات، فأغرمهم عمر الدية، وقال أحمد وأنا أقول به.

وهكذا من يتتبع ويستقصي الأحاديث النبوية، يجد المبادىء العديدة في تطبيق المسؤولية كقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»** هذا المبدأ جعل فقهاء المسلمين يقررون قواعد عامة، تطبيقاً لأصول الشريعة المُسلم بها كقولهم:

«الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام» وقولهم: **«الضرر مدفوع بقدر الإمكان»**.

ثالثاً: الفقه الإسلامي:

اتفق فقهاء المسلمين على إقرار مبدأ الضمان، وهو التعويض عن الضرر، على أنهم اختلفوا في مدى تطبيق هذا المبدأ تبعاً لسبب الضمان، وما إذا كان ناجماً عن التزام، كالعقد مثلاً. أو كان ناجماً على إلزام

---

(1) الدارقطني.

الشرع، إذ بعض الفقهاء، ضيقوا في هذا المبدأ عملاً بالمبدأ القائل: **«الأصل براءة الذمة»**، ولا يصار إلى تقرير التعويض إلا إذا كانت الواقعة كاشفة بوضوح الاعتداء، وبعيدة عن التملك أو الإباحة، من هذا المنطلق برز اختلاف الفقهاء ويحسن بنا أن نعرض بعض الأمثلة فيما اختلفوا فيه.

1 ـ في تلف المنافع:

اتفق الشافعية والحنابلة على ضمان إتلاف العين كلياً أو جزئياً، أو إتلاف منافعها باستخدامها مدة من الزمن مستمرة أو منقطعة، في حين أن المالكية والأحناف يرون أن المنافع لا تضمن، فمن غصب دابة، استخدمها أو لم يستخدمها، فهو وإن ضيّع منفعتها على صاحبها مدة الغصب، فلا يضمن هذه المنفعة، وقال آخرون عليها الضمان، وقاسوا على ذلك أن المنافع التي تستباح وتستحق في العقارات والثياب، والدواب، فقالوا عليها الضمان، أما الغنم والشجر، والطير، ونحوها مما لا تستحق منافعها بعوض، فإنه لا ضمان لمنافعها، وقد يكون هذا له علاقة بالعرف السائد في البلد، أذ يلاحظ في بعض البلدان تبعاً للعرف السائد فيها، أن المنافع تقتضي التعويض عن حبسها، ذلك لوحدة العلة التي بني عليها الضمان في الأعيان، ففي الشخص الذي يستخدم بالإكراه أو يحبس مدة من الزمن يفوت عليه أجرته وكسبه، يضمن حابسه أجر مثله، إذ فعله مساءل عليه، وهو اعتداء يقتضي التعويض، وفي العصر الحاضر، نجد أن الجرح الذي يسببه الغير في آخر، ويمنع هذا عن العمل نتيجة الفعل الضار، يضمن الفاعل مدة التعطيل عن العمل، لأنه فوت عنه منفعتة من العمل، وبهذا تكون المنفعة متقدمة بمال وبالتالي تقتضي التعويض.

وكذا في الأموال العقارية الموقوفة، فقد رأى الشافعية والحنابلة، أن العدالة والإنصاف تقتضي ضمان منافع العقار الموقوف، سواء كان مستغلاً، أو غير مستغل، كما رأوا أيضاً ضمان أموال اليتامى. هذا وقد أقر متأخروا الحنفية هذا الرأي وأوجبوا أجر منافعها على غاصبها، ويبدو أن هذه النظرة الصائبة تتفق مع روح الشريعة الإسلامية، وهي تحقق المصلحة العامة.

2 ـ في إتلاف العين العائدة للذميين:

يرى الأحناف، أن المسلم إذا أتلف مال الذمي الذي تحرمه الشريعة الإسلامية، كالخمر، ولحم الخنزير، فهو مسؤول وضامن، ولا يفيد بأن قصد المسلم في إتلافه الأجر والثواب عند الله، لأن هذا المال، وإن كان غير متقوم في نظر المسلمين، فهو مال مقوم في نظر الذميين، وقد خالف الشافعية الأحناف في ذلك فقالوا بعدم ضمان المال المحرم في الشريعة الإسلامية، وإن كان مملوكاً للغير، وحجة الحنفية، في تقرير تحقق المسؤولية، ووجوب الضمان ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، أنه سأل عماله، ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمور؟ فقالوا نعشرها، فقال: لا تفعلوا وولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها. قال أبو حنيفة، لولا أنها متقومة وإن بيعها جائز لهم، لما أمرهم بذلك، وعلى هذا فإن عدم تقويمه، فهو بالنسبة للمسلم فقط، وما دام الأصل في الضمان والمسؤولية مجرد تحقق الضمان، لهذا كان إتلاف المال المحرم والمتقوم عند الذميين موجب للضمان[1].

3 ـ فن الاستيلاء القهري ووجوب الضمان:

الاستيلاء القهري فيه مسؤولية توجب الضمان ومع ذلك فهي تختلف فيها عند أئمة المذاهب، فأبو حنيفة وتلميذه أبو يوسف. يريان أن الاستيلاء القهري، لا بد فيه من تحقق إزالة يد المالك من جهة، وإثبات اليد القاهرة من جهة ثانية حتى تتحقق المسؤولية، أما أبو محمد وهو من أئمة الأحناف أيضاً، فيرى، أنه يكفي فوات يد المالك عن ما يملكه، بينما يرى الشافعي، أنه يكفي لثبوت الاستيلاء إثبات اليد القاهرة، وعلى هذا الخلاف قال أبو حنيفة وأبو يوسف إن هذه المسؤولية لا تتحقق في العقار، أما الشافعي ومحمد فقالا بضمانه. أما زوائد المال المستولي عليه، فيرى محمد، كما يرى أبو حنيفة بعدم ضمانها، لعدم تفويت يد المالك فيها، أما الشافعي فيرى ضمانها لإثبات اليد القاهرة.

---

(1) محمود شلتوت المسؤولية المدنية.

هذا ويدخل في شمول الاستيلاء والغصب، ما يتفرع عنه فقال ذلك، رجل غصب دابة آخر، وساقها فتبعها ولدها، فتلف الولد باعتداء ذئب عليه، فقال لا يضمن الغاصب الولد إن لم يسقه معها، ويرى الشافعي الضمان.

4 ـ في التقصير في الحفظ والرعاية:

الإهمال في الحفظ والرعاية بما يلحق الضرر موجب للمسؤولية، فمن يتولى حفظ الحيوانات كالماشية مثلاً. فإذا انفلتت ليلاً أو نهاراً لتقصير من هي تحت يده في حفظها فيعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه، طالما كان في مقدوره حفظهما، ويرى أبو حنيفة أنه إذا انفلتت ليلاً أو نهاراً ولم يكن معها أحد، فلا مسؤولية على صاحبها.

5 ـ في مسؤولية الأجير المشترك عما تلف بغير فعله:

الأصل أن الأجير يعتبر مقصراً، في حالة إتلاف العمل المعقود عليه، ويحكم عليه بالضمان، وهذا ما هو مستقر عليه عرفاً تبعاً للمصلحة، ويرى أبو حنيفة، بمسؤولية الأجير عن التلف الذي يحصل بعمله كتخريق الثوب من الدق، وغرق السفينة من المدّ، ويرى غيره عدم الضمان، فأبو حنيفة يرى أن العمل السليم هو المعقود عليه، وهو في قدرة العامل، بينما يرى غيره أن التحرز عن العيب ليس في قدرة العامل، وهذا جوهر الخلاف بين الرأيين إذ أن أبا حنيفة يرى أن المعقود عليه في الأجير المشترك هو العمل السليم، والحفظ ضرورة تابعة، يستدعيها العمل دون أن يرد عليه العقد، بينما يرى غيره أن المعقود عليه هو العمل والحفظ معاً. . ويبدو أنه من خلال ذلك يظهر الخلاف فالعين إذا تلفت في يد الأجير بغير فعله بما يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان على الأجير عند أبي حنيفة، ويرى غيره الضمان، والواقع أن هذه المسألة ترجع إلى أهل الخبرة في الصنائع والحرف، فإن قالوا بإمكانية الاحتراز عن التلف فالرأي رأي أبي حنيفة، وإن قالوا بعدم إمكانية التحرز عنه فالرأي، رأي غيره، لأن التحرز عن العيب عندهم ليس في قدرة العامل، والفتوى عند الحنفية المتأخرين بقول

غير الإمام، صيانة لأموال الناس، وفي الزيلعي (بقولهما يفتي لتغير أحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم، لأنه إذا علم أنه لا يضمن، ربما يدعي أنه سرق أو ضاع من يده).

وحقيقة الأمر أن هذا الاختلاف في الرأي، حول مسؤولية الأجير المشترك فيما يتلف بغير فعله مبني على اختلاف أحوال الناس في الأمانة والصدق. وهنا تكمن أهمية المرونة القائمة في الشريعة الإسلامية، التي تصلح في جميع العصور، وفي كل زمان ومكان مع اختلاف الأحوال[1].

6 ـ في اجتماع حق الله مع حق العبد ونفاذ أحدهما يسقط الآخر:

هذا المبدأ يظهر في جريمة السرقة، فالقاعدة أنه **«لا يجتمع قطع وتغريم في سرقة»** وكذلك في جريمة الزنا **«لا يجتمع حق وصداق في إكراه على الزنا»**، ويرى آخرون أنه لا يمنع نفاذ الحقين معاً، لاختلاف كل منهما، فحق الله ينفذ، وهذا التنفيذ لا يمنع نفاذ حق العبد، وخلصوا إلى أنه لا تنافي بين الحقين، فلا يمنع تنفيذ أحدهما تنفيذ الآخر.

7 ـ في الاضطرار والدفاع عن النفس لا يبطل حق الغير لانتفاء المسؤولية:

من المُسلم به فقهاً وقضاءً أن الاضطرار يسقط المسؤولية بوجود الإذن والإباحة من الشارع إذ **(لا تجتمع إباحة وضمان)** وهذا رأي الشافعية وعلى هذا فإن من قتل جملاً صائلاً عليه لا يضمن دفاعاً عن نفسه، وكذا من أكل طعام غيره لدفع مخمصة فلا ضمان عليه، وقد خالف هذا الرأي الأحناف فقالوا **(إن الاضطرار لا يبطل حق الغير)**، ففي المثالين السابقين يضمن من قتل الجمل الصائل عليه، كما يضمن من أكل طعام غيره لدفع مخمصة.

على أن فقهاء الحنابلة فرقوا بين ما إذا كان الإتلاف لدفع أذى

---

(1) محمود شلتوت المرجع السابق ص 420.

المتلَف عن المتلِف. كالجمل الصائل فلا يضمن، وبين ما إذا كان الإتلاف لدفع أذى المتلِف بالمتلَف كأكل الطعام للمضطر فيضمن.

هذه بعض الصور عرضناها لإظهار اختلاف الفقهاء في المسؤولية والتعويض عن الأضرار وفي جميع الأحوال، كان رائد الاختلاف المحافظة على مصالح الناس، واحترام حرياتهم وحقوقهم، كل من وجهة نظره حول المصلحة.

الفصل الخامس

أسباب المسؤولية المدنية والضمان

تتحقق المبسؤولية ويتوجب الضمان في إحدى مصادرها الثلاث. إما بإلزام الشارع أو بالالتزام، أو بالفعل الضار وسنبحث كل مصدر على حدة.

السبب الأول: في إلزام الشارع:

المسؤولية تقتضي الضّمان بما أوجبه الشارع والضمان هو التعويض الذي يقابل الضرر نتيجة الاعتداء، فيكون إذن تبعاً للفعل الضار وهو عمل مؤاخذ عليه، ويكون في الأموال، كما يكون ما أوجبه الشارع تحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي في المجتمع كالزكاة مثلاً، والنفقات بوجه عام لتكون ركيزة للتعاون، الذي يتطلبه لقاء المجتمع، وتضامن الأسرة برابطة القرابة، كما وقد يكون ما يوجبه الشارع، حماية للمجتمع، وضماناً للسلامة العامة من أموال كضمان الدّيات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم، عند الاعتداء عليه، أو ضمان ما يجب من كفارات الإيمان، والظهار، والإفطار عمداً في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع من زكاة في الأموال عامة، ففي جميع هذه الحالات، نجد أن الذمة تشغل بما أوجبه الشارع، وهو إلزام منه يقتضي النفاذ، لكن منه لا يأخذ صفة التعويض، إذا لم يكن هناك ضرر قد مسّ أي فرد في حقوقه، إنما فيه إثم، أراد الشارع الزجر عنه، بما فرضه من إلزام، وعلى كل هذا ليس موضوع بحثنا.

إنما الإلزام المراد به في موضوعنا هو إلزام الشارع بما يكون عقوبة

زاجرة لفعل محرم، أو عقوبة اقتضتها بناء المجتمع، وسلامة أمته، أو سلامة أسره بإقرار مبدأ التعاون بدافع القرابة، أو الحاجة، ذلك أن بناء المجتمع والمحافظة على أمنه وسلامته من أفعال محظورة، يترتب عليها المساءلة، والجزاء فيها يكون زاجراً عن طريق فرض الضمان الذي له صفة التعويض لما أصاب المضرور من فعل المعتدي. هذا وقد يكون الجزاء المالي في حالات الاعتداء لم يضع المشرع فيه جزاء محدداً، بل ترك أمر تقديره لذوي الخبرة، وهو ما يسمى بحكومة العدل، وحكومة العدل هذه، تقرر التعويض بما يحقق التوازن بين الجزاء والضرر.

وخلاصة القول: إن الضمان الذي أمر الشارع به إنما هو حكم ولا حكم إلا للشارع.

وكل التزام مترتب في الذمة مرده إلى إلزام الشارع، كما في الأمثلة، التي ذكرناها، على أن هناك التزاماً تشغل به الذمة نتيجة لعقد، فهو في هذه الحالة التزام مباشر، وقد التزم به في العقد ابتداءً وهو سبب في الالتزام بالضمان، كما أن هناك التزاماً مترتباً نتيجة فعل مباشر، ولم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، فالفعل الضار إنما هو واقعة ضارة تولد في ذمة الفاعل التزاماً بتعويض ما هو وقع من الضرر، وهذا هو جبر لاختلال التوازن بين ذمة الشخصين المعتدي والمعتدى عليه.

السبب الثاني: في الالتزام:

من المعروف أن الالتزام يتم نتيجة رابطة بين شخصين أو أكثر، بمقتضاها يلتزم الشخص أو أكثر تجاه الآخر أو الآخرين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أداء، هذا الالتزام من مصادره العقد، وهو اتجاه الإرادتين لإحداث أثر شرعي، هذا التصرف إذن يقره الشرع باعتباره موافقاً له، فالتصرفات الشرعية إذن تكون نتيجة فعل إرادي، يقره الشرع، وهي التصرفات القولية، وتشمل العقود جميعها.

أما الأفعال الضارة، فهي تخرج عن دائرة التصرفات الإرادية

المشروعية إذ هي وقائع غير مشروعة، ويدخل في شمولها، الإتلافات، والغصوب، والمحظورات.

وبحثنا هنا في السبب الثاني. وهو العقد، وبمخالفة العقد تتحقق المساءلة، التي تقتضي الضمان، فما هو إذن الضمان في العقود وما هو مدلوله.

ـ في ضمان العقود:

من المعروف أن ضمان العقد لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد، إذ العقد وإن كان يرمي إلى حكم آخر غير الضمان، كتسليم المبيع والثمن في عقد البيع، فإن عقد البيع، إذ شرع لتحقيق آثاره، بيد أن الشريعة أوجبت معقباً جزائياً على مخالفة العقد، أو الامتناع عن تحقيق آثاره، هذا المعقب الجزائي هو الضمان. . فالضمان إذن يترتب عليه أثر لازم لحكمه، وهو تسليم المبيع إلى المشتري، وتسليم الثمن إلى البائع، وفي مخالفة ذلك يتحقق الضمان، إذ بفضل الضمان المسلّط على المتعاقدين ينفذ العقد لتحقيق توازن الذمتين، ذمة البائع بتسليم المبيع، وذمة المشتري بتسليم الثمن. فكل من الذمتين إذن مشغولة بالتزام.

هذا وقد يقترن العقد بشرط لأحد المتعاقدين يصرح فيه في صيغة العقد. أو متحقق عرفاً، فالإخلال، بما يقتضيه طبعة العقد، أو ما يقتضيه الشرط، يوجب المساءلة، لأن العقد، يقتضي تنفيذه وفقاً لمدلوله وبطبيعته ومداه، فمثلاً العقد بطبيعته يقتضي سلامة المعقود عليه من عيب أو استحقاق للغير، فإذا ظهر أحدهما بعد العقد تحققت المسؤولية، إذ الشرط الصحيح المصرح فيه بالعقد، أو الشرط الذي يفرضه العرف، فهو واجب النفاذ، لأن المعروف. عرفاً كالمشروط شرطاً، عملاً بقول رسول الله ﷺ: **«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»** فالشرط إذن ملزم طالما أنه نافع ومفيد، ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة»[1] لهذا يلزم

---

(1) الشيرازي المهذب ج 1 ص 359.

مراعاة الشرط بقدر الإمكان، فكل شرط أمكن مراعاته وتحققت له فائدة، وجب اعتباره، وكان الإخلال به موجباً للمسؤولية، وكذا في عقد الإيجار تتحقق المسؤولية على المستأجر، إذا هو أصاب العين المؤجرة بضرر، وكذا الأجير، إذا هو ألحق الضرر بالعمل الذي أسند إليه، وهكذا نجد أن كل إخلال بما يقتضيه طبيعة العقد موجب للمساءلة وبالتالي موجب للضمان.

هذا وإذا كان الضمان متعلقاً بالأعيان التي يضمن تسليمها، فقد تكون تحت يد ضمان، ففي هذه الحالة، فهي مضمونة، على صاحب اليد حتى التسليم، فهي كالعين المغصوبة في يد غاصبها، كما أنها قد تكون تحت يد أمان، ففي هذه الحالة تكون أمانة، كالوديعة تحت يد الوديع، وكذا جميع الأمانات، فإذا كانت العين المضمون تسليمها مضمونة، كانت ذمة الضامن مشغولة بتسليمها، ما دامت قائمة غير هالكة، أما إذا هلكت، شغلت ذمته بقيمتها، وكان عليه، الوفاء في الحالتين، بما انشغلت به ذمته، وإن كانت العين والأمانات شغلت ذمته بتسليمها فقط ما دامت قائمة. فإذا هلكت فلا ضمان عليه.

هذا وقد يكون الضمان متعلقاً بمال في الذمة، تشغل به، كما في ضمان الدّين، وكما في ضمان الدرك. وهي مسؤولية البائع عن (الاستحقاق والتعرض) أو ما يسمى في المذهب الحنفي (ضمان العهدة). ففي هذه الحالة تتحقق المسؤولية، وتشغل ذمته بالثمن، إذا كان المستحق مالاً، وينفذ عليه قضاء. في حال امتناعه عن الوفاء، كذلك الحال بالالتزام بفعل، كالأجير الذي يتعاقد للقيام بعمل ما، فمسؤوليته تتحقق عند امتناعه عن العمل، وإلحاقه التلف بمال من استأجره، والمثال على ذلك، إذا كان عمل الأجير للوقاية من خطر ما، كمن يستأجر أجيراً ليقوم بترميم جدار ما، فامتنع، وأدى امتناعه هذا إلى سقوط الجدار، لزمه التعويض، بأداء قيمة ما أتلف، لأن امتناع الأجير عن العمل، يعتبر به متعدياً، وتتحقق مسؤوليته، وإلى هذا أشار الحنابلة فقالوا:

إن الأجير يلزم بأن يشرع فيما استؤجر عليه عقد العقد، إذ من أثره مطالبته حالاً بالقيام بما التزم به من عمل، فلو ترك ما يلزمه بلا عذر، فتلف المال «محل العقد» بسبب هذا الترك، ضمن قيمة ما تلف بسبب امتناعه، وليس هذا بخارج عما تقتضيه قاعدة تضمين المتلف، بطريق التسبب وهي محل اتفاق المذاهب[1].

وهكذا نجد أن الضمان يتحقق بالمال عندما يكون الضرر مالياً. يصيب المضرور بتلف بعض أمواله، أو بنقص قيمته بالفعل الضار، فالأجير المتعاقد على أن يبني حاجزاً على جانب مزرعة ليمنع طفيان ماء النهر عليها، ثم امتنع عن ذلك وطفى النهر عليها، وأتلف الزرع، فيعتبر الأجير مسؤولاً ويضمن قيمة ما لحق بالمتعاقد صاحب المزرعة من ضرر أو تلف مزروعاته، بتسببه في ذلك وهو الامتناع عن العمل.

ـ مدلول ضمان العقد ومقداره:

الأصل في ضمان العقد أنه منصوص عنه في العقد، كالمبيع في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، وبدل الصلح إذا كان عيناً، ولا شك أن الضمان، إذ هو محدد في العقد، فهو ملزم، بما تضمنه العقد دون النظر إلى القيمة عند التعويض، وإلى هذا أشار السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر. فقال: ما يضمن ضمان عقد قطعاً. هو ما عيّن في صلب العقد من مبيع، أو مسلم فيه، أو أجرة، أو ثمن أو صلح إذا كانت أعياناً، فهذه الأعيان وأفعالها تعدّ مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه تسليمها، وإذا تلفت قبل تسليمها، فضمانها عندئذٍ يكون بما يقتضيه العقد من بدل، دون مراة تقييمها كأساس في التقدير. فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع، ويرد الثمن، إذا كان قد أدى قبل ذلك. وكذلك الشأن بالنسبة للثمن، فإذا هلك الثمن، كأن كان عيناً، فيعد في واقع الأمر بيعاً، وبالتالي فإن ضمانه لا يقوم على

(1) منصور بن إدريس ـ كشاف القناع ج 2 ص 300.

أساس المماثلة، أو «المكافأة بين العوض، وبين ما هو معوض عنه» كما هو الحال في ضمان الإتلاف، لأن التعويض أو الضمان في العقود مصدره العقد، ويحدد العوض اتفاقاً. رضائياً بين المتعاقدين إذ ينص عليه في العقد باتفاق إرادتهما، بخلاف ضمان الإتلاف المبني على الفعل الضار. فالفعل الضار يرد على العقد، وعلى أوصافها، فوجب لذلك مراعاتها بالتقدير، أي مراعاة المساواة في القيمة، ولا يجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر، ويجبر المضرور على قبول البدل، إذ يراعى فيه أوصاف التالف عند الحكم، بينما لا تراعى هذه في المسؤولية العقدية، أي لا تراعى هذه الأوصاف في ضمان العقد، لأن العقد إنما يرد على العين، دون أوصافها، بخلاف الحال في ضمان الإتلاف، ولذا ضرب الفقهاء المثل فيمن غصب جاريته ناهدة الثديين، فانكسر ثدياها، عند الغاصب، ضمن نقصانها، بخلاف ما لو كان هناك عقد بيع للجارية، وقد اشتراها المشتري ناهدة الثديين، فانكسر ثدياها عند البائع قبل تسليمها، ففي هذه الحالة ليس للمشتري تضمين البائع ما أصابها. وذلك ينقص قيمته من الثمن. لأن الثمن إنما كان في مقابلة ذات الجارية[1].

ـ فيصل التفرقة في وجوب الضمانات:

يتميز الضمان في العقد عن الضمان بوضع اليد، أو الضمان بالإتلاف، هذه الضمانات إذ تتحقق نتيجة المسؤولية، بيد أن مقدار هذه الضمانات تختلف تبعاً للتصرف أو الواقعة، ففي ضمان العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية. نجد أنه ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان. بينما نجد في القانون أن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد، أو عدم تنفيذه لا يكون فيها التعويض عن مال تالف، إنما هو عن ضرر نشأ نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو الإخلال في تنفيذه، وهذا غير معروف في الشريعة الإسلامية كما هو الشأن في التعويض الأولي إذ لا تأخذ الشريعة

(1) علي الخفيف ـ الضمان ص 19.

بهذا التعويض. ومرد ذلك عند فقهاء الشريعة أنهم يرون أنه في حال عدم قيام الملتزم بالتزامه، يجبر على تنفيذ الالتزام، فإذا امتنع كان معصية يعزر عليها إلى أن يمتثل للتنفيذ، لهذا، فلا يرون وجوب التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ، لأن التعويض يكون نتيجة فقد مال، وهذا غير متوفر، وبالتالي، فلا تبيحه القواعد الفقهية، ذلك أن فقد المال لا يكون إلا بسبب كالتبرع، أو بفقد مال تلف، أو في مقابلة أخذ مال. لهذا كان أخذ مال كتعويض عن ضرر، دون أن يتحقق تلف مال. غير جائز طالما لم يقابله مال، فإذا قوبل المال تعويضاً دون مال، كان أكله باطلاً. ولقائل يقول: كيف تصح الأجرة إذن في العقارات المؤجرة. دون أن يقابل مال بمال؟ الجواب على ذلك: أن الأجرة، وإن تكن بغير مال. فإن الأحناف يرون أن المنفعة يجوز تقاضي الأجرة عنها تبعاً للمصلحة، لهذا أقاموا الأعيان مقابل منافعها، على تراضي المتعاقدين بذلك، هذا بالنسبة لضمان العقد.

أما في ضمان الإتلاف، نجد أن الضمان يتحقق نتيجة الإتلاف إذ بالإتلاف يضمن المُتلِف قيمة المُتلَف وقت تعديه، سواء كان المال بيد المتلف، أو كان في يد غيره.

أما ضمان اليد فهو الضمان لتلف المال في يده ولا يد لصاحبه في تلفه، ويراعى في تقدير الضمان قيمة المال التالف إن كان قيمياً، وأداء مثله إن كان مثلياً.

المسؤولية والعقود التي تقتضي الضمان

الضمان في العقود إنما هي مقابلة مال بمال، وعلى هذا فإن العقود الصحيحة، قد يتحقق فيها الضمان، كما قد لا يتحقق على الرغم من أنها صحيحة، إذ القاعدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أنه كل عقد لا يجب الضمان في صحيحه، لا يجب الضمان في فاسده عدا الكفالة، هذا وقد استقصى الفقهاء العقود التي يترتب عليها الضمان وهي:

عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد النكاح، والطلاق بعوض والخلع عند الشافعية والحنابلة، والصلح والكفالة.

هذه العقود تقتضي الضمان في حال صحتها، وغير موجبة للضمان عند فسادها، هذا، وهناك عقود لا يجب الضمان فيها، لا عند صحتها، ولا بفسادها عند التلف. وهي عقود الأمانات، كالمضاربة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية عند الحنفية والمالكية، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة. هذا ويحسن بنا أن نبحث الضمان في كل عقد من هذه العقود.

أولاً: المسؤولية عن الضمان في عقد البيع:

عقد البيع موجب للمساءلة عند تلف المبيع وهلاكه في يد صاحبه قبل التسليم بسببه أو بسبب أجنبي، وفي هذه الحالة يكون الضمان بإعفاء المشتري من الثمن، إذا لم يكن قد سلمه، وفي حال تسليمه للبائع يسترده منه، ويبطل العقد؛ ففي هذه الحالة يعتبر الضمان أثراً من آثار المسؤولية، فالضمان إذن يقع على البائع، وإن كان الهلاك أو التلف. بسبب أجنبي، فالمشتري هنا بالخيار، أما أن يبطل العقد ويرجع على البائع بالثمن، والبائع يرجع على المُتْلِف بقيمة ما أتلفه، باعتباره مسؤولاً عن التلف، وهو ضمان تعدّ وإتلاف في هذه الحالة، كما أن للمشتري تبعاً لخياره أن يستمر في البيع ويعتبره قائماً ويرجع على الأجنبي المُتْلِف بالقيمة بضمان إتلاف للمشتري.

أما إذا هلك المبيع في يد المشتري فهلاكه عليه، إن كان العقد صحيحاً، إذ لا يعتبر البائع في هذه الحالة مسؤولاً عن هلاكه، طالما كان العقد صحيحاً. أما إذا كان العقد فاسداً، وكان البيع في يد مالكه، فهلاكه عليه، إذ هو المسؤول عنه، لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه حكمه قبل القبض، وبهذه الحالة يهلك على البائع، أما في حال تسلمه من المشتري، فيكون المبيع مضموناً عليه ضمان يد، باعتبار أن البيع فاسد.

هذا ومن الفقهاء من ذهب إلى أن المضمون ضمان يد، يضمن بقيمته عند التسليم، فإذا اشترى المشتري الشيء وقبضه، فإن قبضه هذا بغير حق، ويجب عليه رده إلى مالكه المدعى به، تجنباً للمحظور شرعاً، وبالتالي فهو مسؤول عن رده، وليس لرضاء البائع بالتسليم أي اعتبار، لأنه يسلم ما حظّر الشارع تسليمه، كما لا عبرة للاتفاق بين البائع والمشتري على الثمن أيضاً، وذلك لبطلانه. تبعاً لفساد العقد، ذلك أن الاتفاق في البيع الفاسد لا يقرّه الشارع، لأن الواجب هو قيمة التالف، والضمان هنا هو ضمان يد لا ضمان عقد.

ثانياً: المسؤولية عن الضمان في عقد الإجارة:

في عقد الإجارة نجد أن المؤجر يضمن المنفعة على المنتفع لقاء الأجرة التي يتقاضها عن الانتفاع بالمأجور، إذا كان العقد صحيحاً، وكذا إذا كان العقد فاسداً، والعقد الفاسد: هو ما اشتمل على جهالة في نوعه ووصفه ومقداره، إذ العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً أصلاً لا وصفاً، وهو ما يورث خللاً في غير الركن والمحل[1]. فإذا كان عقد الإجارة فاسداً، فالمسؤولية تتحقق بضمان المنتفع، وهو أن يدفع أجر المثل بالغة ما بلغت، وهذا ما ذهب إليه الشافعية[2].

على أن الأحناف قالوا بأجر المثل في هذه الحال، على أن لا يزيد عن الأجر المسمى، وعلى هذا نجد أن المسؤولية في عقد الإجارة مرتبطة في إخلال أحد الطرفين بالتزامه، فالمؤجر مثلاً يساءل أمام المستأجر، عند عدم تسليم المأجور، لهذ فإيجار العين يستتبع إذن إلزام المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر، للانتفاع به، كما أن عقد الإجارة وفقاً لما اتفق عليه المتعاقدان يلتزم المستأجر لقاء انتفاعه بالمأجور أن يدفع الأجر المسمى المتفق عليه. فإذا نفذ عقد الإيجار واستلم المؤجر العين

(1) قدري باشا مرشد الحيران المادة 433.

(2) الرملي ـ نهاية المحتاج ج 5 ص 323.

المؤجرة، كانت يده على المأجور يداً محقة، مستندة إلى عقد الإيجار، وبالتالي، فيده عليه يد أمانة، ما دام لم يتجاوز حقه في الانتفاع به، أما إذا تجاوز شرطاً في العقد، أو العرف المعمول به، أصبحت يده لا تستند إلى عقد، وكانت مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية ضمان يد، فإذا تلفت العين ضمنها بقيمتها، أو بمثلها عند الاعتداء عليها.

هذا وعقد الإجارة يستتبع انشغال ذمة المستأجر بالأجرة وبالتالي المستأجر يضحى مسؤولاً عن الأجرة التي هي ضمانه عند توفر شرط الأداء، بالانتفاع من المأجور.

أما عند الشافعية فيرون أن ذمة المستأجر تضحى مشغولة بالأجرة بمجرد العقد، على خلاف الأوصاف، إذ يرون، أن الأجرة تتحقق فعلاً عن استيفاء المنفعة، وحجتهم في ذلك المنفعة إذا لم تتم، وفاتت على من تملكها، سقطت الأجرة، وبرأت ذمة المستأجر، وعلى هذا تكون المنفعة مضمونة ضمان عقد بالأجرة، ومسؤول عنها المؤجر، سواء كان مؤجراً لعين ما، أو مؤجراً لنفسه لأن الأجرة تكون مبادلة الانتفاع من المأجور. فالمبادلة إذن تتحقق بمجرد عقد الإجارة، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، بينما الأحناف لا يرون لعقد الإجار أثراً في المعقود عليه، وهو المنفعة، لهذا فلا تتحقق مسؤولية المؤجر عن المنفعة قبل أن يتم تسليم العين المؤجرة، فإذا كانت الأجرة عيناً معينة لم يكن للمؤجر فيها ملك إلا باستيفاء المنفعة. ففي هذه الحالة يملك المؤجر فيها ما يقابل ما استوفاه المستأجر من المنفعة، وعلى هذا تكون العين في يد مالكها بعد عقد الإجارة، وحصول تمام الانتفاع من المستأجر، وبهذا فالمسؤولية تكون قائمة بضمان الأجرة سواء بقيمتها أو بالمثل، أما إذا حصل الهلاك بعد استيفاء المنفعة. فقد صارت مملوكاً هلك في يد غير مالكه، وكانت يد المستأجر يد ضمان، أما إذا كان الهلاك قبل استيفاء المنفعة، وبعد تمام العقد، فإن عقد الإجارة يفسد بهذا الهلاك للعجز عن تسليم الأجرة، وبفساده تهلك العين على مالكها، إذ لا يترتب على عقد الإجارة في هذه الحال أثره.

أما إذا بقيت العين المستأجرة في يد المستأجر بعد انقضاء عقد الإجارة كانت يده عليها يد أمانة، استصحاباً لما كانت عليه من قبل، ولأن المستأجر لا يلزمه الرد، ولا مؤونته، وإنما يلزم بالتخلية عند الطلب، حتى ولو شرط عليه الرد في العقد، فقد فسد العقد، وهذا ما ذهب إليه الأحناف.

وذهب بعض الشافعية إلى أن المستأجر في هذه الحال يده يد ضمان، فيبقى مسؤولاً عنها لأن الأذن في وضع اليد كان مبرراً بعقد الإجارة، وقد زال، فأخذ العين، كان لمصلحته، فأشبه في هذه الحالة بالمستعير[1].

ثالثاً: المسؤولية بضمان المهر في عقد النكاح:

إن مجرد إبرام عقد النكاح تنشغل ذمة الزوج بالمهر، إذا كان ديناً، ويكون حكمه حكم الديون التي تنشغل بها ذمة المدين، أما إذا كان المهر عيناً، فيكون مملوكاً للزوجة بمجرد العقد، ويلزم الزوج على أن يسلمه للزوجة، ويكون في هذه الحالة مسؤولاً عنه، أي مضموناً عليه كالبيع في يد بائعه قبل تسليمه للمشتري، إذ يصير مضموناً عليه بالثمن

هذا ولما كان المهر غير مقابل بمال، لهذا نجد اختلاف وجهات النظر في ضمانه وبدله، فالأحناف يرون أنه في تلفه في يد الزوج قبل أن يسلمه للزوجة، فهو مسؤول عنه بضمانه، لأنه مال مملوك للزوجة، بمجرد العقد، ويجب عليه تسليمه لها، فإذا لم يسلمه، وجب عليه قيمته لها، بعد تعدّيه بعدم تسليمه إلى الزوجة عند القدرة على ذلك، هذا إذا لم يطلقها، أما إذا طلقها قبل الدخول. ففي هذه الحالة، وجب عليه نصف قيمته لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، أما إذا قبضت الزوجة مهرها، فتلف في يدها، وقد طلقها الزوج قبل الدخول، وجب عليها رد نصفه للزوج لارتفاع ملكها عن نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، وتكون

(1) نهاية المحتاج المرجع السابق ج 5 ص 306.

يدها مضموناً عليها، كما تكون كذلك أيضاً، إذا كانت الفرقة من قبل الدخول، بسبب هو معصية، وهذا ما ذهب إليه الأحناف أيضاً[1].

أما الشافعية فقد اختلفوا في ضمانه أيضاً، فإذا كان عيناً معينة، فتلف في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة، وجب على الزوج مهر مثل الزوجة، لأنه مضمون ضمان عقد، وبالتالي، فمسؤولية الزوج إذن مسؤولية ضمان مثله، لا ضمان قيمته حال تلفه، وقيل يضمن للزوجة بقيمته، وهذا رأي أحمد. وكذلك بالنسبة لبدل المخالعة، فالزوجة مسؤولة عن بدل الخلع، إذا كان عيناً معينة بالذات، فهو مضمون في يدها ضمان عقد، فإذا تلف وجب للزوج بتلفه ما تم الاتفاق عليه، تضمنه عليه مهراً[2].

رابعاً: المسؤولية بضمان عقد العارية:

تتحقق المسؤولية على المستعير عندما تتلف العارية في يده، إذ يده عليها، يد ضمان وضمانها يكون بقيمتها يوم تلفها، إذا كانت العارية قيمية، سواء كان تلفها بتعدٍ من المستعير، أو بغير تعدٍ منه، أما إذ كانت العارية مثلية، فيضمنها المستعير بمثلها، ويبدو أن هذا الضمان يشبه ضمان الاعتداء، مع أن الضمان هنا، هو ضمان عقد، لأن الضمان هنا، أثر من آثار عقد العارية، ومرد شبه ضمان عقد العارية بضمان الاعتداء، إنما هو مراعاة مال الغير، والحفاظ عليه مقابلة مع فعله النافع الذي تفصل به بدافع التعاون، وبالتالي فلا يسوغ أن يقابل هذا الفضل الذي جنح صاحبه به إلى إفساح المجال للمستعير من الانتفاع من العارية بالمجان، أن يقابل هذا، بالأضرار، لذلك وجب تحقيق القاعدة الشرعية، وهي **«إن الغنم بالغرم»**، وهذا مذهب الشافعية، وبعضهم قال: إن المستعير يضمن العارية بالقيمة مطلقاً وقت تلفها، سواء كانت قيمية أو مثلية.

---

(1) ابن عابدين الدر المختار ج 2 ص 361 وص 377.

(2) علي الخفيف الضمان ج 1 ص 26.

خامساً: المسؤولية بضمان الصلح:

الصلح عقد ضمانه بدله، وقد يكون مبادلة على مال، فيكون بيعاً، وقد يكون مبادلة على منفعة، فيكون إجارة، وعلى هذا، فالمسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ المصالحة يكون حكمها حكم عدم تنفيذ المبادلة، وذلك حسب ماهية المبادلة بيعاً كان، أو إجارة وهكذا..

سادساً: المسؤولية بضمان الكفالة:

الكفالة عقد يفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس، أو دين، أو عين[1]، فالكفيل، بمجرد إبرامه عقد الكفالة أضحى مسؤولاً عن الدين، ويعتبر ضامناً لوفاء الدين، ولا تبرأ ذمته إلا بالأداء، أو الإبراء، فضمان الدين في الأصل متعلق بذمة المدين الأصيل، ديناً كان أو عيناً، أو نفساً، لهذا فالمسؤولية لا تتحقق إذا لم تكن الكفالة صحيحة، ويشترط لصحة الكفالة، أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً، أو عيناً، أو نفساً، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل.

سابعاً: المسؤولية في ضمان النيابة:

يتحقق الالتزام بالنيابة الاختيارية، كالوكالة، أو بالنيابة بحكم الشرع، أو العرف، كما في نيابة الوصي عن الصغير، والقيم عن المحجور عليه، والحاكم بناء على ولايته العامة، وكذا الولاية التي يوجبها الشارع للضرورة، والولاية في أي تصرف يقضي العرف برضاء صاحب الشأن بها، بحيث لو رجع الولي إليه قبل مباشرته التصرف لارتضاه وأذن به؛ كل هذه النيابات على اختلاف أنواعها تلزم المنوب عنه، في دفع ما ينفقه النائب عنه، في حدود ولايته، هذه الأموال التي ينفقها النائب يساءل عنها المنوب عنه، مسؤولية ضمان، إذ من حق النائب الرجوع بها عليه، ويتجلى ذلك في الأمثلة التالية.

---

(1) قدري باشا ـ مرشد الحيران المادة ـ 825.

(2) المرجع السابق المادة ـ 825.

1 ـ مسؤولية الموكل في ضمان الأموال التي ينفقها الوكيل في حدود وكالته، كالوكيل الذي ينفق مالاً في شراء عقار أو سلعة، أو في بناء دار، وفي أي أنفقة، أو في قضاء دين، أو غير ذلك، فالموكل يكون ضامناً هذه النفقات والوكيل يرجع بها على الموكل.

2 ـ مسؤولية المولى عليه تجاه المولى، إذ ما ينفقه الولي أو الوصي، أو القيم من ماله في شؤون المولى عليه لا يعتبر متبرعاً بها، ويرجع بها عليه باعتباره المولى عليه، مسؤولاً عنها مسؤولية ضمان.

3 ـ مسؤولية الشريك تجاه شريكه فيما أنفقه الشريك مضطراً، في مال مشترك، لا يقبل القسمة، كمن يكون شريكاً في عمارة لا تقبل القسمة، وقد انفق الشريك ما يحتاج إليه لإحياء حصته، فله أن يرجع بما أنفقه مضطراً على شريكه، وفي هذه الحالة، لا يعتبر متبرعاً، إذ مسؤولية الشريك في أداء ما أنفقه الشريك، مسؤولية متحققة، لأن إتفاقه إحياء لنصيبه، ليبقى صالحاً للانتفاع. وهذه المسؤولية يقتضيها الإنفاق الاضطراري، الذي يسوغ للمنفق الرجوع على شريكه إذا أبى الإنفاق منه، أو كان للقاضي حق إجباره، ولم يرفع أمره إليه، ولم يستأذنه فيما أنفق غير متبرعاً، ففي هذه الحالة لا مساءلة على الشريك إذا امتنع عن رد ما أنفقه شريكه، ومعيار تحقق المسؤولية للرجوع، أو عدم الرجوع فيما أنفقه الشريك على المال المشترك، هو الاضطرار إذ الاضطرار، إنما يثبت فيما لا يجبر صاحبه عليه، لا فيما يجبر، إذ يمكن حينئذ الرجوع إلى القاضي لإجباره، أو لاستصدار إذنه.

هذا ويرى صاحب الدار المختار، أن كل من أجبر شرعاً، أن يفعل مع شريكه فعلاً، إذا فعله أحدهما بلا إذن، فهو متطوع، وإلا لم يكن متطوعاً، كما ولا يجبر القاضي الشريك على العمارة إلا في ثلاث مسائل.

أ ـ أن يكون الشريك ضعيف الأهلية، أو فاقدها، وعليه وصي.

ب ـ أن تتعذر قسمة المال المشترك وقفاً وعليه ناظر.

جـ ـ أن تتعذر قسمة المال المشترك ككري نهر، ومرمة قناة أو بئر أو طاحونة، أو سفينة، أو جدار لا يقبل القسمة، وهذه هي أحوال الإجبار[1].

وخلاصة القول: إنه لا مسؤولية على الشريك فيما أنفقه شريكه، إذا لم يكن مضطراً إلى العمارة، كأن كانت الانفاق يقصد منه زيادة الغلة عما كانت عليه، أو كانت القسمة ممكنة في العقار المشترك، أو كانت العمارة مما يجبره عليها القاضي وهي العمارة في المسائل الثلاث المتقدمة. فإذا أنفق الشريك بلا إذن فهو ممنوع، وبالتالي، فلا ضمان على الشريك فيما أنفقه شريكه في هذه الحالة، أما إذا كان الأمر على خلاف ذلك فمسؤولية الشريك قائمة، إذ شريكه يرجع عليه بحصته في المنفعة من إذنه، أو أمر القاضي إذا لم يصل إلى إذنه، ويأخذ حكم الرجوع فيما أنفقه في هذه الحالة حكم الوكيل عنه، فيرجع بحصته فيما أنفق.

ثامناً: في مسؤولية صاحب العلو في ضمان ما ينفقه صاحب السفل:

صاحب العلو له حق مقرر على صاحب السفل، وهو حق قرار علوه عليه، كما أن لصاحب السفل حق على صاحب العلو، فإذا ألحق أحدهما بفعله ضرراً بالآخر، تحققت مسؤوليته تجاه هذه الأضرار، أما إذ انهدم السفل، أو العلو بدون فعل مالكه، وفات بذلك مثلاً حق صاحب العلو، لم يكن له إجبار ذي السفل على إقامة سفله، إذ لا يجبر امرؤ على بناء ملكه، كما لا يجبر صاحب السفل لإحياء حق صاحب العلو، ومرد ذلك، أنه لم يصدر عنه أي تعدٍ على ملك الغير، إذ فوات المنفعة كانت بلا عذر من أحد، على أن مساءلة صاحب السفل تتحقق، عندما يمنع صاحب العلو عذر من استئذان صاحب السفل، أو من اللجوء إلى القضاء، إذ في هذه الحالة، فإن بناء صاحب العلو كان اضطرارياً، وبالتالي فلا يعتبر متبرعاً فيما بناه، فضلاً عن أن بناءه للسفل كان بدافع الوصول إلى حقه، إذ تكون

(1) ابن عابدين الدر المختار ج 3 ص 111.

النفقات التي ينفقها في سبيل ذلك، يحق له الرجوع بها على صاحب السفل، ويعتبر صاحب السفل مسؤولاً تجاه صاحب العلو، بسداد هذه النفقات.

أما إذا بنى صاحب العلو بإذن صاحب السفل، أو بإذن القاضي، فإن النفقات التي ينفقها، يكون صاحب السفل مسؤولا عنه، وضامناً لصاحب العلو حقه، فيما أنفقه من نفقات، أو في هذه الحالة، يكون صاحب العلو بحكم المناب أو الوكيل عن صاحب السفل لتحقق إذنه، أو إذن صاحب الولاية العامة.

تاسعاً: المسؤولية بضمان الرهن المستعار:

قد يستعير شخص عيناً من شخص ليرهنها عند آخر، مقابل مبلغ يستقرضه منه، ففي هذه الحالة يجوز لمعير الرهن أن يفتكّ المرهون من المرتهن، مقابل أداء دين الراهن، وذلك نيابة عنه فيجبر عندئذٍ المرتهن على قبول الوفاء منه. والمدين هنا يكون مسؤولاً عن الدين الذي قام بوفائه معير الرهن، هذه المسؤولية، هي مسؤولية ضمان الدين الموفى عنه، بمعنى أن معير الرهن يرجع على المدين بما أداه عنه ليفتك الرهن، والمعير هنا يعتبر وكيلاً، فهو ذو ولاية على الراهن وتخوله بقضاء دينه عنه، فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن، كما أن له حق فك الرهن للضرورة لتخليص ملكه، بهذا الوفاء، أما مسؤولية الراهن هنا، فهي مسؤولية انشغال ذمته بالدين، وتبقى مسؤوليته قائمة حتى يتحقق الوفاء، أو تبرأ ذمته، والمسؤولية هنا محددة بضمان قيمة الدين، لا بقيمة الرهن، لأن المضمون على المستعير قدر الدين، بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلا قدر ما سقط من الدين.

عاشراً: في مسؤولية المدين بقضاء دينه من الغير دون إذنه:

ذهب أبو حنيفة والشافعي إنه إذا أوفى الغير دين غيره دون إذنه كان متبرعاً، إذ لا التزام بدون التزام، أما الإمام مالك وأحمد فقد ذهبا إلى أن

من أدى واجباً عن غيره، استحق الرجوع عليه بما أداه من ذلك الواجب، لضمانه إياه بشروط ثلاث وهي:

1 ـ أن يكون الدين ثابتاً مستحق الأداء والمطالبة.

2 ـ أن لا يقصد الموفي إيفاءه إعانة، بل معونة.

3 ـ أن لا يكون في أدائه متبرعاً.

هذه الشروط إذا توفرت، حق للموفي الرجوع على من أدى الدين عنه، وإلى هذا ذهب القرافي، فيما نقله عن ابن شاس في الإجارة إذ قال:

«كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره، أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه دفع أجر المثل في القيام بالعمل، إن كان لا بد من الاستئجار عليه، إذ لا بد من إنفاق ذلك المال، وذلك على حصول الإذن عادة خلافاً للشافعي، ونحن نعتمد على العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال[1].

ويبدو، أن هذه القاعدة مستقرة في المذهب المالكي، إذ المقرر فيه أنه «إذا فعل الإنسان عن غيره ما من شأنه أن يفعله، مضى فعله عليه، تنزيلاً للإذن الشرعي في الواجب، أو الذزن العادي في غير الواجب، منزلة الإذن القولي. فإن العوائد تقوم مقام الأقوال»[2].

وعلى هذا نجد، أن مسؤولية الموفى عنه الدين، تتحقق بمجرد الوفاء عنه، دون نية التبرع، لأن الموفي في هذه الحالة، قام بمعروف، فليس من العدل شرعاً، أن يضيع عليه معروفه، ويكافأ بالإساءة. لهذا فيجبر الموفى عنه لأداء ما أداه عنه؛ وتتمثل هذه الحالة في دين النفقة الواجب، فمثلاً: إذا كان الموفي، قد قام بوفاء دين النفقة الواجب، لصغار ليس لهم ولي، أو غاب وليهم، وخيف عليهم الضياع بتركها، فأنفق عليهم

(1) القرافي ـ الذخيرة ج 4 ورقة 129 في الإجارة.

(2) المرجع السابق الورقة / 103/ من باب الصلح.

أجنبي بنية الرجوع بما ينفقه، كان له حق الرجوع به، إذا لم يقصد بإنفاقه التبرع، إذا كان للمنفق عليه مال وقت النفقة، أو كان له من تجب عليه النفقة من أقربائه، وكان ما أنفقه عى وجه السداد لا سرف فيه، وإلا كان في إنفاقه متبرعاً لا رجوع به على أحد[1].

وذهب الإمام أحمد في المشهور في المذهب، أن الموفى له حق الرجوع بشروط وهي:

أ ـ أن يكون الواجب الموفى حقاً لآدمي. فالمفهوم المخالف، إن ما كان حقاً لله، فليس لمؤديه حق الرجوع فيما أداه، لأن حق الله يقوم على النية من المكلف، والنية لا تصلح فيها الإنابة، أو الوكالة، لأن حقوق الله تقوم على الامتثال والرضا، كالزكاة والكفارة.

ب ـ أن يكون الوفاء بقصد الرجوع، فإذا تجاوز هذا القصد، بأن ذهل عن نية الرجوع، سقط حقه من الرجوع، واعتبر متبرعاً، سواء كان ذا مصلحة في الوفاء، أم ليس له مصلحة؛ ويبدو أن مستند هذا الرأي، ما ذهب إليه ابن قيم الجوزية في الولاية الشرعية، أو الإذن الشرعي قوله تعالى:

﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[2].

ومن يؤدي واجباً عن غيره يكون نائباً عنه في ذلك الأداء بحكم الشارع ونصوص المذهب في ذلك عديدة[3].

وعلى هذا نجد، أن الإحسان يقتضي الإحسان، ومن ذهب إلى اعتبار الموفى متبرعاً، فقد دلّ على فساد الرأي في الفهم والاستنتاج سواء في النصوص من القرآن والسنة أو آثار الصحابة، والقياس، ومصلحة العباد، والمؤيد في وجوب الوفاء، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ

(1) المدونة الكبرى ج 11 ص 38، 39.

(2) سورة التوبة، الآية: 71.

(3) ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين ج 2 ص 325، 328.

﴿أُجُورَهُنَّ﴾ ، هذا الأمر إذن يفيد الأخلاق، سواء كان بإذن، أو بدون إذن، لأن الأصل التعاون على البر والتقوى، أذن بذلك، أو لم يؤذن، ولعل الإذن قائم حكماً بدليل قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ . فمن أدى إذن عن وليه واجباً كان نائبه فيه، وبمنزلة وكيله، إذ ليس من المعقول أن يكون الوفاء سبباً لإضاعة حقه، إذ جاء الشرع حاضاً على الإحسان بقوله تعالى:

﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴿٦٠﴾﴾[1].

وعلى هذا فليس من العدل أن يضيع المعروف، ويكون جزاؤه إضاعة المال، لهذا كانت مسؤولية من أوفى الحق عنه قائمة، وتبقى ذمته مشغولة تجاه الموفى.

3 ـ إنقاذ مال الغير من الهلاك أو الغصب يقتضي التعويض. يرى الأحناف، أن من ينقذ مال الغير من الهلاك، فيبذل جهداً أو مالاً، يعتبر متبرعاً، لعدم الإذن ممن له الولاية في الإذن، من مالك أو قاضٍ.

ويرى بعضهم أن الإذن من صاحب المال يعتبر قائماً عرفاً، إذ لا يأبى إنسان على آخر، أن يقوم له بإنقاذ ماله على الوجه المعروف، الذي ليس فيه شطط، ولا إرهاق لصاحب المال، وقد استحسن المتأخرون هذا الرأي، بمقولة، أنه ليس من المعقول، أن يذهب الجهد والمال هدراً. لهذا رأووا، أن يصار في مثل هذه الحال إلى أجر المثل، ودفع ما ينفق من مال في هذا السبيل، لهذا كان ما أنفقه المنقذ من مال كان مضموناً، في ذمة صاحب المال المُنْقَذ، ويرجع به المُنْقِذ على صاحب المال، متى قام به على الوجه المعروف، على أن يكون الإنقاذ في غيبة صاحب المال، وإلا كان إنقاذه على صاحبه، وفي غير ذلك يعد المنقذ متبرعاً.

ويبدو أن هذا الرأي يتفق مع العدالة، ويرى الحنابلة، أن من يقوم بإنقاذ مال غيره من التلف، أو بتخليصه من غاصبه، أو سارقه، يكون ما

(1) سورة الرحمن، الآية: 60.

أنفقه في سبيل ذلك مضموناً على صاحب المال، يرجع المنقذ عليه فيما أنفقه، لأن المنقذ يعدّ مأذوناً من المالك عرفاً، فيما أنفقه، وعلى هذا من رأى بيت غيره يحترق، فله هدم بعضه أو اقتحامه تبعاً للضرورة، إن كان في ذلك إنقاذ ما بقي منه، وكذا من رأى دابة غيره مشرفة على الهلاك، كان له أن ينحرها، إذا غلب ظنه على هلاكها، قبل حضور صاحبها، وله في هذه الحالة، أن يستأجر غيره لإنقاذها، ويرجع بالأجرة على رب المال، كما يرجع عليه بأجر مثل عمله، إذا لم يكن متبرعاً فيما قام فيه.

ويرى المالكية، أن من ينقذ مال غيره من يد حربي، فله أجر مثله على صاحب المال، أما إذا أنقذ المال من يد سارق، أو غاصب، فلا يكون له حق الرجوع فيما أنفقه لأن ما عمله يعتبر واجباً عليه، ولا يرجع فيما أنفقه في واجب عليه.

ويرى المتأخرون أن أخذ المال من يد الحرْبي حكمه كحكم شرائه منه، وبالتالي فيرجع على صاحب المال فيما دفعه فيه، وعلى هذا فإن ما دفع فداءً حقاً في المال المفدى، يتقدم به صاحبه على غرماء مالكه فيه، وإذا هلك هذا المال قبل وصوله إلى مالكه، فلا يرجع من فداه على صاحبه إذ يسقط عنه وإن كان مليئاً، لأن يده على المال قبل إعطائه لمالكه تعتبر يد أمانة، هذا والأرجح في هذه المسألة، أن المال المفدى من لص ونحوه، كغاصب ومحارب، وظالم، من كل مال أخذ من صاحبه بغير حق، ولم يمكن الوصول إليه إلا بالفداء الذي دفع فيه، وكان ذلك عادة في مثل هذا المال، أن يكون لمن قام به حق الرجوع على صاحب المال، ومقابله، إنه لا رجوع له.

وخلاصة القول فيما تقدم إن المساءلة تتحقق على صاحب المال، مسؤولية ضمان المال المنفق على إنقاذه، وبالتالي، فللمنقذ حق الرجوع على صاحب المال الذي يعتبر ضامناً كل ما أنفقه المنقذ[1].

---

(1) الدردير الشرح الكبير ج 2 ص 198.

السبب الثالث: الفعل الضار
سواء بسبب إيجابي أو بسبب سلبي

المراد بالفعل الضار أو الاعتداء: هو كل فعل حسي يصدر عن ممن له ذمة، ترتب عليه ضرر للغير، كهلاك عين، أو هلاك منافعها كلها، أو جزءاً منها، وسواء كان مباشراً، أو كان بطريق التسبب إيجابياً كان أو سلبياً على أن يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر.

ـ عن التسبب الإيجابي:

والمراد بالتسبب الإيجابي هو العمل الذي يقوم به شخص ينشأ عنه الإتلاف مثال ذلك إذا عمد شخص إلى كسر إناء غيره قصداً، وكذا من حفر حفرة في طريق عام، فسار فيه حيوان فتردى فيها، فتلف، فإن تردي الحيوان هنا فعل ليس له توسط بين الحفر والضرر، وهو تلف الحيوان، وهنا ينسب الضرر إلى فعل الحفر، وهو السبب في الفعل الضار، الذي هو تلف الحيوان، وفي هذه الحالة تحققت مسؤولية من قام بحفر الحفرة، إذ هو السبب في الضرر، لهذا وجب الضمان على فاعل الضرر، وكذا من أوقف الدابة في الطريق العام أو من رش الماء فيه أو وضع الحجارة فتعثر بها الغير وأصابه ضرر، وكذا كل ما من شأنه أن يحدث ضرراً، وفعله الإنسان في الطريق العام بغير إذن الحاكم وأحدث ضرراً بذلك في النفس أو المال فتحقق المسؤولية عليه. وكذا من صاح صيحة مفاجأة في وجه آخر فمات من صيحته وجبت الدية. وهي ما تسمى «بمسؤولية الصيحة المفاجأة» وكذا يعتبر الفعل سبباً إيجابياً، وجاء في «التاترخانية» من غيّر صورته وخوف صبياً. فجن الصبي يضمن هذا، ويدخل في شمول المسؤولية بالتسبب الإيجابي «سوء استعمال الحق» وأساسها عند من أخذ بالتسبب الإيجابي في هذه الحالة، إن الإنسان إذ يملك أن يتصرف أو يقوم بفعل من حقه، لكنه يحدث إذا أوقعه على بعض الوجوه إضراراً بالغير، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسؤولية فبعضهم لا يثبتها، ويرون أن الإنسان

يعطي الحق في أن يستعمل حقه على أي وجه يريد ولا مسؤولية عليه في ذلك، وبعضهم، يثبتها ويرون أن شرط تصرف الإنسان فيما يملك إلا يحدث ضرراً بغيره، وقد جاء في قواعد الحنفية «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح، إذا لم يتضرر به غيره» قال الحنفية: والقياس أنه يصح وإن تضرر به الغير، لأنه تصرف في خالص ملكه، ولكن ترك القياس في محل يتحقق فيه الإضرار بالغير عملاً بحديث **«لا ضرر ولا ضرار»**. وكذا من يسقي أرضه المملوكة أو المستأجرة فوق ما هو معتاد ويلحق ضرراً بأرض جاره وجب عليه الضمان، وكذا من بنى تنوراً في داره فألحق ضرراً بجاره، أو ثبت رحا الطحن بداره، وألحق ضرراً بالجيران، وجب عليه الضمان.

وكذا يعتبر من التسبب الإيجابي، تمكين المحبوس من الفرار، كفتح باب السجن للسجين، وفتح باب القفص للطائر، وفك رباط الكلب كل هذا يعتبر فتح باب الضياع لتمكين المحبوس من الفرار شريطه أن لا يقطع هذا التسبب عامل آخر. كما إذا تضمن بين فتح الباب وإصابة الضرر من هيج للغير أو أثار الكلب، إذ في هذه الحالة ينسب إلى الفاعل الأخير أو يضاف إليه التلف.

ـ عن التسبب السلبي:

هذا وقد يهمل شخص القيام بعمل مطلوب منه، فيحصل التلف، فهو بهذا قد امتنع عما يجب فعله لدفع ضرر ما، فيتسبب بهذا الامتناع، أو الكف عن تلف مال لآخر، قال بعض الفقهاء: إنه في هذه الحالة لا ضمان لسبب امتناعه إلا إذا كان الفعل نفسياً غير حسيّ كأن يمتنع عن دفع ضرر ما، فيتسبب بهذا الامتناع الضرر، فهنا الضرر لم يكن نتيجة اعتداء، مثال ذلك: أن يرى إنسان مال آخر، اقتربت منه النار، وكادت تلتهمه، وكان في مقدوره، أن ينقذ هذا المال من الحريق فلم يفعل، فلا ضمان عليه، لعدم صدور فعل حسي منه، وهو عدم المباشرة، إذ تنتفي هنا المباشرة، لانتفاء الاتصال بين الفعل الضار، ومحل الضرر؛ وهذا يعني انتفاء التسبب، إذ

التسبب هو أن يكون الفعل هو السبب في الضرر وتترتب عليه، فالامتناع إذن، أو الكف، لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف؛ إنما التلف تم نتيجة أمر لا صلة له بالكف، وهو وجود النار.

وهكذا نخلص إلى القول إن الامتناع والكف في الشريعة الإسلامية في بعض المذاهب لا تتحقق معه المسؤولية، بمعنى أن الامتناع عن إنقاذ مال أشرف على الاحتراق، لا مسؤولية على ذلك، لأن الضرر يشترط أن يكون نتيجة اعتداء، ولا يتصور الاعتداء في الامتناع، وبالتالي لا يؤاخذ المرء على ما استكن في نفسه من كف وإرادة.

على أن فقهاء المالكية، رأووا مساءلة الممتنع عن ذلك إذ أنه قد ترك واجباً عليه، وهذا ما يتنافى مع مقتضيات ما تحضّ عليه الشريعة الإسلامية من فعل الخير، والمحافظة على مال المسلم مع قدرته على ذلك، وخلصوا إلى القول إن من ترك واجباً، فترتب على تركه هذا الواجب، ضرر مباشر، لحق بالغير، وجب عليه الضمان، مثال ذلك من ترك لقطة، ولم يلتقطها فتركها، وهو يعلم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت ضمن قيمتها، لأنه مسؤول عن تسبب التلف بهذا الترك.

ويبدو أن هذه النظرة متفقة مع القانون في العصر الحاضر، إذ الترك أو الإهمال موجب للمساءلة، فمالك الدابة إذا ترك دابته ترعى زرع الغير، ولم يمنعها فأتلفت زرع الغير ضمن صاحبها الضرر لأنه امتنع عن منعها بغياب مالك الزرع، أما إذا كان مالك الزرع حاضراً، فلا مسؤولية على صاحب الدابة، لأن حفظ المال مطلوب من مالكه.

على أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن كل فعل حسي، ألحق ضرراً كان سبباً للمساءلة، وبالتالي يترتب الضمان على فاعله، إذا كان الفعل متصلاً بمحل الضرر، وكان صادراً ممن له ذمة، أما إذا تخلف هذا الشرط، فلا ضمان على الفاعل، كمن يحبس عن الدواب صاحبها، ولو أدى الحبس إلى هلاكها، أو ضياعها، لحبس من يطعمها، أو من يرعاها ويحفظها، لأن الحبس لا يتصل بهلاك الدواب، وإن كان الحبس فعلاً حسياً، فهو مقصور على المالك.

وذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى تحقيق المساءلة والضمان، بشرط تحقق عدم مشروعية الحبس فإن كان الحبس بحق فلا ضمان.

وهكذا نجد أن الفعل الضار موجب للمسؤولية والضمان، لأن الأصل أن الله سبحانه وتعالى شرع لعباده ما فيه نفعهم وصلاحهم، وعلى هذا، فالفعل الضار يعتبر سبباً للتضمين في الشريعة، لأن الفعل الضار محظور، كما لا يخرجه عن هذا الوصف إذا اعترض الفاعل عارض أفقده أهلية التكليف، لأن سبب الضرر مرتبط بذات الفعل وبآثاره، لا بقصد فاعله وإدراكه، لهذا تقع نتائج الفعل وتبعته على فاعله. حتى ولو كان الفاعل عديم الأهلية، لأن الأصل أن الشرع أوجب رفع الضرر بقول رسول الله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**، لهذا كانت المسؤولية متحققة حتى على غير المكلف ولا ترفع عنه، بل يجب الضمان في ماله، دون النظر إلى أي عارض عرض للفاعل، وذهبت معه أهليته، هذا بالنسبة لمن له ذمة، أما إذا صدر الفعل الضار ممن لا ذمة له، فلا يترتب الضمان عليه، لأنه ليس أهلاً لأن يملك مالاً، حتى يرفع الضرر بالضمان، وعلى هذا قالوا **«فعل العجماء جبار»**، أي لا ضمان على مالكها، ما لم يكن المالك قد قصر في رعايتها وحفظها.

هذا وإذا استقصينا الأفعال الضارة نجد أن جميعها تنحصر في الأفعال غير المشروعة التي لا يبيحها الشرع، سواء كانت ناجمة عن الفعل نتيجة خطأ أو تقصير الفاعل أم لا، وهذه ما تسمى بالمسؤولية التقصيرية.

ـ عن التقصير المسبب للمسؤولية:

تعتمد المسؤولية عن الإتلاف بالإهمال أو عدم الحفظ والرعاية وهي المسماة بالمسؤولية التقصيرية على أن التقصير المسبب للإتلاف أو الضرر، بمعنى أن معيار الضابط لهذه المسؤولية هو تحقق القاعدة العامة، وهي التقصير عما يجب على المرء، بمعنى أن الإنسان إذا قصر في القيام عما يجب عليه عمله شرعاً، أو بالعقد فسبب بذلك أن أتلف نفساً أو مالاً،

فيجب عليه الضمان والأمثلة على هذه الحالة كثيرة منها: من منع غيره ما يحتاج إليه من طعام أو شراب، مع قدرته على ذلك فمات ضمن، لأنه متسبب بذلك، لأن سد الرمق واجب يقتضيه الشرع وهذا الامتناع تقصير يوجب المساءلة، وكذا في الإهمال في الحضانة، فإذا كانت الحضانة للأم وأهملت صغيرها المحضون فوقع في النار، تضمن الأم لتقصيرها في حضانة ابنها، وكذا إذا أودعت امرأة ولدها الصغير عند أخرى وقالت لها هو في حجرك حتى أرجع، فخرجت المرأة الثانية وتركته، فوقع في النار، فعليها الدية للأم ولسائر الورثة، إن كان مما لا يحفظ نفسه، وهذه المسؤولية تقوم على فكرة التقصير بالحفظ أو عما يجب عليه المرء.

وقال الإمام الدرديري المالكي في كتابه «الشرح الكبير على متن خليل»:

يضمن من ترك تخليص مستهلك من نفس أو مال، قدر على تخليصه بقدرته أو جاهه أو ماله، فيضمن في النفس الدية، وفي المال القيمة، والمراد هنا بالمستهلك، المعرض للهلاك. قال: وتخليصه واجب على من قدر عليه، ولو بدفع مال من عنده، ويرجع به على ربه، حيث توقف الخلاص على دفع المال، ولو لم يأذن له ربه في دفع المال لخلاصه.

هذا هو الأصل في المسؤولية التقصيرية، ويدخل في شمولها كل إهمال يفيد التقصير في القيام عمّا يجب عليه عمله سواء من ناحية عدم الحفظ أو عدم الرعاية، كمسؤولية الناقل أو الراعي عمن هم تحت رعايته، وكذا الحارس فيما هو مطلوب منه حراسته، فكل من هؤلاء إذا قصر في حفظ ما هو تحت أيديهم ورعايتهم بحيث تحقق التلف وجب الضمان.

وكذا إذا أهمل الطبيب في العلاج، أو طبب ولم يكن أهلاً للطب أو قصر في اتخاذ القواعد المتبعة في أصول التطبيب، أو ارتكب خطأ لا يرتكبه غيره وجد في نفس الظروف الشخصية والمكانية والزمانية ويدخل

في شمول المسؤولية عن خطأ الطبيب إذا تجاوز الطبيب الأصول المعتادة في قواعد المهنة، كما يدخل في شمول المسؤولية التقصيرية، تجاوز حدود السلطة المخوّلة للشخص، بأن فعل ما لا يسوغ أن يفعله، كناظر الوقف أو الوصي، أو الوكيل، ففي مثل هذه الأحوال تتحقق المسؤولية التقصيرية.

ـ في تسلسل السبب وأثره في السبب الأخير:

هذا وقد تقوم أسباب عدة متسلسلة غير منقطة تؤثر في السبب الأخير فيحدث ضرراً، ففي هذه الحالة ينظر ما إذا كان تسلسل السبب متصلاً مع السبب الأخير دون انقطاع وكان هذا الأخير هو مبعث الضرر وجب الضمان في هذه الحالة على صاحب السبب الأخير، ويضربون الفقهاء أمثالاً على ذلك فيقولون إنه لو سقط حائط إنسان على حائط آخر، فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله، ضمن صاحب الحائط الأول، لأن تسبب حائطه لم ينقطع، أما في حال تعثر شخص بتراب الحائط الثاني لا يضمن صاحب السبب الأول لأن التفريغ ليس عليه ولا الثاني إلا إذا علم بسقوط حائطه، ولم ينقل ترابه في مدة تسع النقل، وكذا إذا أشهد على حائط شخص بالميل، فلم ينقضه صاحبه، فسقط على إنسان فقتله، ثم عثر رجل بنقضه، وعثر آخر بالقتيل وعطبا، كان ضمان القتيل الأول، وعطب الثاني على صاحب الحائط، لأن الحائط ونقضه مسؤولان منه، لأن سبب سقوط الحائط وقتل القتيل وتعثر آخر بنقضه، هي أسباب متسلسلة، متصلة بالسبب الأول، وهو ميل الحائط، ولم ينقطع هذا السبب، إذ بقي معنى تسببه في السبب الأخير وهو سقوطه. أما التلف الحاصل بسبب تعثر الشخص بالقتيل وسبب عطبه فليس على صاحب الحائط، لأن نقل القتيل ليس مسؤولاً منه، كما أن سبب سقوط الحائط لا علاقة له بالعطب الذي أصاب الشخص نتيجة تعثره بالقتيل. إذ السبب انقطع وأضيف الضرر الى غيره، لذلك فإن صاحب الحائط لا يضمن.

هذا ويدخل في شمول المسؤولية عامة، المسؤولية لمن تحمل التبعة. أما الأفعال أو التصرفات التي ترجع إلى مخالفة العقد، فتسمى بالمسؤولية العقدية، أما الأفعال القصدية غير المشروعة المحرمة. فهي أفعال جرمية تحكمها قواعد المسؤولية الجنائية، هذا ويمكن حصر حالات الفعل الضار فيما يلي:

1 ـ العمل غير المشروع.

2 ـ حالة تحمل التبعة.

3 ـ الحالة الجرمية.

وهكذا نجد مدى اهتمام الشريعة الإسلامية في رعاية النفس، أو المال حتى ولو لم يكن هناك التزام يوجب الحفظ، أو المساءلة في حالة التقصير. لأن روح الشريعة تقتضي العدل والإحسان، وحفظ الحقوق، وهو التزام ملقى على كل إنسان.

هذا وأن جميع الأفعال الضارة غير المشروعة تستند إلى ضرر لحق بالنفس أو المال، فإذا توفرت فيه نية الأضرار كان الفعل جريمة، وإذا لم تتوفر فيه كان الضرر موجباً للجبر، سواء تحقق الخطأ، أم لم تتحقق، طالما أن الضرر قد وقع سواء نشأ عن الاعتداء أم لا، قصداً كان أم بدون قصد، وسواء صدر نسياناً، أم ظناً أنه ماله، مثال ذلك: من يتلف مال غيره ظناً منه أنه ماله فقد ألحق بفعله هذا تلفاً، ويعتبر مسؤولاً عن فعله، وكذا من استعار داراً واستعملها استعمالاً لم يصرح به في العقد يكون مسؤولاً، ولا يبحث ما إذا كان المستعير مقصراً أم لا، إذ النصوص تحكم الفعل أو العمل أو الصنع، ومع هذا فإن فقهاء الشريعة استعملوا لفظ التعدي والتقصير في جميع حالات الأفعال غير المشروعة، حتى ولو لم تظهر مشروعية الفعل من خلال نصوص العقد، إذ الشرع يلجأ في هذه الحالة إلى العرف لتعيين حد المشروعية، ويرى أن كل ما يخالف هذا الحد أو يجاوزه يعدّ غير مشروع. وبالتالي يعتبره تعدياً، مثال ذلك المعلّم الذي

يضرب تلميذه بأمر والده، لا يسأل عن الضرب إلا إذا تجاوز بضربه حدّ التأديب المعروف عرفاً.

هذا وما دامت الأفعال الضارة تتوصف بالضرر لذلك يحسن بنا أن نبحث عناصر المسؤولية كلاً على حدة.

البَابُ الثَّاني

عناصر المسْؤوليّة

الباب الثاني
عناصر المسؤولية

تتكون المسؤولية من عناصر أساسية وهي ثلاثة:

1 ـ التعدي، وهو السبب أو العلة في حدوث الضرر، والمراد به الفعل الذي نشأ عنه التلف، وذلك بدون حق مشروع، ويقابله في القانون الخطأ.

2 ـ التلف وما إليه وهو العلة المباشرة في وجوب الضمان، ويقابله في القانون الضرر.

3 ـ أن يكون الضرر نتيجة لاعتداء مباشرة أو تسبباً بمعنى أن يكون السبب أو العلة مرتبطة بالضرر، ويقابله في القانون الرابطة السببية.

هذه العناصر الثلاث يقابلها مع الفقه الغربي أركان المسؤولية وهي عندهم، الخطأ، والضرر، والرابطة السببية بين الخطأ والضرر، هذا ويحسن بنا أن نتعرض إلى عناصر المسؤولية في الشريعة الإسلامية، فنشرح كل عنصر على حدة.

الفصل الأول

التعدّي

عبّر الفقهاء بالتعدي بدلاً من الخطأ، هذا ما يدلّ على نظرتهم المادية إذ التعدي وصف للفعل، بينما الخطأ وصف للفاعل، باعتبار أن التعدي لفظ يراد به النظر إلى الموضوع، بصرف النظر عن الفاعل. والتعدي إذ هو مجاوزة الحد، فهو يعني ضمان الأضرار والمتلفات. لهذا فلم يشترط الفقهاء التمييز في الفاعل لتحقق التعدي؛ ذلك أن النظرة الشخصية تتناول السلوك بمعنى أن الخطأ ينظر به إلى الشخص الخاطىء، بتحري الانحراف في سلوكه؛ فالفقهاء الإسلاميون إذن عبروا بالتعدي، كما عبروا بالتقصير والإهمال، وعدم التحرز، وعدم التثبت، ومن يتتبع كتب الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء استعملوا في المسؤولية التقصيرية، الغصب، والإتلاف، والجنايات، والسرقة، كل هذه التعابير تفيد أهمية استعمال التعدي الذي عرفناه بأنه العلة، أو السبب في المسؤولية، ومع ذلك فقد تعرض الفقهاء أيضاً إلى استعمال لفظ الخطأ، عند بحثهم للقتل، فهم يميزون بين القتل الخطأ والقتل العمد، فيعتبرون القتل الخطأ، وهو القتل قصداً، وفي حال توفر العمد، يعتبرون القتل جناية، من هذا التمييز خرجوا إلى تعريف الخطأ، بأنه وقوع الشيء على خلاف ما أريد[1].

هذا في جرائم القتل. أما في ضمان الأموال والتي يقابلها المسؤولية التقصيرية؛ نجد أن العمد والخطأ سيان. إذ لا يراد بالخطأ ما قابل العمد،

---

(1) علاء الدين الحصني إفاضة الأنوار على أصول المنار ص 185.

كما لا يراد به، ما ليس للإنسان فيه مقصد، بل يرى الفقهاء المسلمون أن الخطأ هو المراد منه الإساءة أو الذنب في كل شيء، عامداً كان أو غير عامد، وبشكل أعم، يدخل في شمول الخطأ، القصد، والعمد، والتقصير، وقلة الاحتراز، وإلى هذا أشار الشاطبي واعتبر الحكم في التضمين في الأموال، غيره في العبادات، لأن الخطأ فيها مساوٍ للعمد، في ترتيب الغرم في إتلافها[1]. أما القصد، فهو الإرادة المتجهة نحو الفعل ونتائجه، كالرمي بقصد الإصابة، فمن رمى إنساناً، فقد قصد الفعل ونتائجه، لأن قصد الإصابة متوفر في فعله أصلاً.

أما الرمي بعدم التحرز، فالإرادة متوجهة نحو فعل ما، دون حساب نتائجه، كمن يسوق سيارته بسرعة زائدة، فتنقلب وتصدم إنساناً فتقتله. فالقتل هنا نجم عن عدم التحرز، وحساب نتائج هذه السرعة الزائدة.

أما التقصير فهو الإهمال في أمر يجب إجراؤه على وجه الانتباه. كتفويت حفظ الوديعة الواجب حفظها[2].

هذا والتعدي عند الفقهاء المسلمين، قد يكون عملاً إيجابياً، كشق الثوب، وحرق الحصيد، كما قد يكون عملاً سلبياً، كمن قاد سيارته بسرعة فسقط عنها ما حمّل عليها، فقتل إنساناً، أو أصاب مالاً فأتلفه، ففي هذه الحالة يعتبر معتدياً، لأن النتيجة كانت بالتسبب، إذ وقوع الحمل كان بتقصير منه، لأنه أهمل شده وإحكامه[3]. وكذلك الأم التي تترك صبّيها، البالغ ثلاث سنين، وتخرج من المنزل، فيقع الصبيُ في النار الموقدة في الدار، ففي هذه الحالة تضمن الأم لتقصيرها وإهمالها[4].

هذا والفقهاء إذا عبروا بالتعدي في بحوثهم الفقهية، فهم أرادوا به

---

(1) الشاطبي الموافقات ج 2 ص 347.

(2) صبحي المحمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج 1 ص 194.

(3) الزيلعي - تبيين الحقائق. ج 6 ص 151.

(4) الطرابلسي معين الحكام ص 201.

الخطأ وأوجبوا الضمان على من تعدى، لأن الأصل في الفعل أن يكون مقيداً بشرط السلامة، فمن يدخل سجاداً إلى غير مسجد، فعُطِبَ به أحد، فإنه يضمنه عند أبي حنيفة، لأن تدبير أمور المسجد مسلَّم إلى أهله، دون غيرهم، فيكون فعل الغير تعدياً، أو مقيداً بشرط السلامة فقصد القربة والخير لا ينافي الغرامة، إذا أخطأ الطريق[1].

وكذا إذا أتلف أحد مال غيره، وهو لا يعمل، قالوا: إنه يضمنه، ولا يأثم، وعللوا في الضمان، بأن الجهل ليس عذراً في حقوق العباد، كما عللوا عدم الإثم، بقولهم: إن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً[2] فالخطأ إذن يترتب عليه الضمان، وإلى هذا أشار ابن رشد فقال: «الأشهر أن الأموال تضمن عمداً أو خطأ»[3].

فالخطأ في استعمال الفقهاء المسلمين، إنما هو لفظ يقابله العمد، وإذا كان العمد دائماً هو القصد، فإن الخطأ على خلاف ذلك فهو انحراف غير إرادي عما تعمده كمن أصاب غير ما تعمد إصابته أي وقوع الشيء على خلاف ما أريد، ويقول صدر الشريعة في الخطأ: أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً[4] والفقهاء استعملوا لفظ الخطأ عند حديثهم عن القتل وأنواعه، ويعتبرون الخطأ عذراً صالحاً لسقوط حق الله، لكنهم لم يعتبروه عذراً في حقوق العباد، فمن ارتكب خطأ فأتلف مال الغير به وجب الضمان في ماله، لوقوع العدوان منه إذا تلف به مال إنسان خطأ، وإذا كان المتلف نفساً فتجب الدية على عاقلة المخطىء، ويعلل الفقهاء في وجوب ضمان العدوان في حقوق العباد، بأن الضمان في حقوق العباد، ضمان مال، وجبر التلف، وإنما وجب الضمان في حقوق العباد ولا يمكن اعتبار الخطأ عذراً فيها لأنه ضمان مال، لا جزاء فعل[5].

---

(1) محمد بن سليمان ـ مجمع الأنهر ج 2 ص 627.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع ج 7 ص 168.

(3) ابن رشد بداية المجتهد ج 2 ص 311.

(4) التوضيح ج 2 ص 195.

(5) التوضيح ج 2 ص 195.

هذا وإذا كان الخطأ والعمد يوجبان الضمان في الماليات فإن الفقهاء لم يستعملوا لفظ الخطأ في مقام ما يشمله العمد، بل استعملوا الخطأ في مقابل القصد فقالوا: القتل الخطأ؛ عملاً بقوله تعالى:

﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[1]

على أنهم استعملوا اصطلاح التعدي، فيما يشمل العمد، والخطأ، والتقصير والإهمال، وعدم التحرز، وما يتصل بذلك[2]، أو ورد في القرآن كما ورد في السنة، قال تعالى:

﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾[3].

وقال تعالى:

﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[4].

وقال تعالى:

﴿وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴿١٩٠﴾﴾[5].

هذا وإلى جانب الآيات الكثيرة التي تعرضت للاعتداء، فقد ورد في السنة استعمال هذا المصطلح بما يفيد تجاوز الحد المطلوب، إذ ورد في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، في وضوء النبي ﷺ وغسل أعضائه ثلاثاً، وقوله في آخره، **«هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم»** فالتعدي هذا يفيد معنى الزيادة لأن فيها مجاوزة الحد، أما قوله وظلم، فإن هذا يرجع إلى النقصان[6] قال تعالى:

---

(1) سورة النساء، الآية: 92.

(2) شرح مختصر خليل ـ مواهب الجليل ج 5 ص 274.

(3) سورة النساء، الآية: 93.

(4) سورة البقرة، الآية: 194.

(5) سورة البقرة، الآية: 190.

(6) العناية على الهداية ج 1 ص 20.

﴿وَمَا تُنفِقُوا۟ مِن شَىْءٍ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾[1]
أي لا ينقص شيء مما تنفقون، وقوله تعالى:

﴿فَٱلْيَوْمَ لَا تُظْلَمُ نَفْسٌ شَيْـًٔا وَلَا تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾[2]

وهكذا وجدنا أن التعدي مصطلح إسلامي ويكاد يكون وثيق الصلة بمعناه اللغوي بل إن التعدي والاعتداء في المعنى اللغوي واحد، وهو يعني كما قلنا مجاوزة الحد والحد منتهى الشيء، فالاعتداء على هذا هو مجاوزة منتهى الحق، إذا كان استعمل في الحقوق وإن استعمل في الملكية فهو مجاوزة منتهى الشيء، وإذا قيدنا الحد، بالمشروع الجائز، نفهم من ذلك أن التعدي هو مجاوزة الجائزة إلى غيره، أي أن الاعتداء هو مجاوزة المشروع، وقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾[3] والعاد هو المجاوز بما يجوز إلى ما لا يجوز، ويقول الرازي: «فالعَدْوُ هو التعدي في الأمور، وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه. يقال عدَا عليه عدواً وعدواناً، وعدياً واعتداءً وتعدّياً، إذا ظلمه ظلماً مجاوزاً للحد[4] ويمكننا القول إذن إن الاعتداء هو مجاوزة المعتاد. أي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً. أو عرفاً، أو عادة، بمعنى أن تحديد مشروعية الأفعال مستند إلى الشرع والعرف، فما يجاوز الحد المحدود هو اعتداء ويعرف بالتعدي، وما ينقص عن الحد يعبر به بالتقصير وهو تعد الحد المطلوب، بالنقص، بينما التعدي مجاوزة الحد إلى أبعد وأكثر منه. وكلاهما في الحقيقة تعدي الحد المطلوب شرعاً وإلى هذا أشار الزيلعي فقال:

إنه لو قاد إنسان قطاراً - (المراد به هنا القطار من الإبل) - فوطىء بعير إنساناً، ضمن عاقلة القائد، لأن القائد عليه حفظ القطار، كالسائق، وقد

(1) سورة الأنفال، الآية: 60.
(2) سورة يس، الآية: 54.
(3) سورة البقرة، الآية: 173، والأنعام، الآية: 145، والنحل، الآية: 115.
(4) الرازي مفاتيح الغيب المشهور بتفسير الرازي ج 2 ص 121.

أمكنه التحرز عنه، فصار متعدياً بالتقصير فيه، والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان»[1].

هذا والتعدي واحد بنظر الفقهاء، لا يفرق بين أن يرتكبه الصغير أو الكبير، ولا بين أن يرتكب العاقل أو المجنون، من ناحية أثره في ترتيب الغرم، وبالتالي فالخطأ واحد، مهما كان مصدره ما دام قد أحدث أضراراً ومع ذلك فإن هذه التسوية في الغرم، لا تمنع القضاة أو الفقهاء من مراعاة أعراف الناس وعاداتهم.

ـ معيار التعدي:

النظرة في التعدي عند الفقهاء إنما هي نظرة موضوعية، بمعنى أنها تراعي السلوك في الخارج بما ينبغي أن يكون بصرف النظر عن شخص المعتدي ومداركه، بخلاف النظر إليه من خلال سلوك الشخص، إذ في هذه النظرة تراعي مدارك الشخص لإمكان وصف الفعل بالخطأ، وهذه هي نظرة رجال القانون، بهذا يفرقون بين خطأ الصغير وخطأ المميز، فالأول لا يضمن بخلاف المميز كما يميزون بين خطأ الراشد وخطأ المميز.

فالنظرة الفقهية في الشريعة الإسلامية إذن هي نظرة موضوعية، تراعي مجرد وقوع التعدي وهذه النظرة تجعل التعبير بالتعدي مطلقاً، يشمل التعدي بالعمد، والتعدي بالخطأ، كما يشمل التقصير، والإهمال، وعدم الاحتراز مهما كان أوصاف التعدي سواء كان عن عمد أو عن خطأ.

وعلى هذا نجد أن معيار التعدي في الشريعة الإسلامية، إنما هو معيار موضوعي مادي لا ذاتي، من ناحية المعتدي الفاعل، ولا يعتد بالنسبة للفاعل بالسن والجنس، والحال الصحية، وما شابه ذلك.

هذا المعيار المادي لا يمنع في القياس المادي من الاعتداد بظروف المكان والزمان تتميماً لهذا القياس المادي، بمعنى أن القياس أيضاً مقتضاه

---

(1) الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج 6 ص 151.

أيضاً أن يكون معياره موضوعياً. مثال ذلك لو رشّ رجل الماء في الطريق فسقطت دابة الغير، ولم يعتد في الرش، ما دام قد رش كما يرش الناس عادة لدفع الغبار، وبالتالي فلا ضمان عليه، لأن ذلك ليس بجناية، وإن تعدى بالرش ضمن[1]. فالمعيار بالمقياس المادي إذن موضوعي، بمعنى أنه من فعل ما جرت به العادة لا يضمن ومن خالف عن ذلك مجاوزاً أو مقصراً يضمن.

إضافة لما ذكرناه نجد أن الشريعة الإسلامية بمرونتها قد راعت في الاعتداء وتقديره ظروف المكان والبيئة، ففي الكفارة عن القتل الخطأ، علل ابن عابدين في وجوبها عند تقدير الاعتداء، الظرف المكاني، فالنائم الذي يسقط على إنسان فيقتله أوجب الكفارة، فقال: إنما وجبت الكفارة (مع أنها تعتمد القصد) ولا قصد من النائم هنا، لترك التحرز عن نومه في موضع، يتوهم أن يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ، إنما تجب لترك التحرز[2].

ـ التعدي وموقعه من التسبب وأحوال المباشرة:

من يتبع أحكام الشريعة الإسلامية في المسؤولية يجد أنها في قواعدها العامة في الضمانات لا تشترط فيها التعدي، بل تكتفي بمجرد وجود الضرر، بصرف النظر عن الفعل الذي أدى إلى الضرر سواءً كان عمداً أو خطأً، ولا شك أن هذه النظرة تراعي فيها حال الجانب الضعيف المتضرر في الإثبات؛ إذ مجرد وجود الضرر يقتضي الضمان، فالشريعة الإسلامية بمعيارها المادي تعتمد الضرر في المباشرات ذلك أن المباشرة هي بمنزلة العلة يتبعها المعلول حتماً، إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، بمعنى أنه دائر معها؛ وعلى هذا فإن الشريعة إذ تعتمد الضرر في المباشرات كما ذكرنا، فهي تشترط الخطأ وهو التعدي في التسبيبات، أما

(1) ابن الشحنة لسان الحكام في معرفة الأحكام ص 97.

(2) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 525.

في المباشرة فلا تشترط هذا الشرط، أي أن المباشر يعتبر ضامناً، وإن لم يتعد والمتسبب لا، إلا إذا كان متعدياً[1] وهذا التمييز بين المباشرة والتسبيب يقتضينا توضيح كل واحدة منهما بتعريفها:

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإتلاف بالمباشرة فقالت:

الاتلاف: «هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر»[2].

أما الإتلاف بالتسبب: فقد عرفته المجلة. بقولها:

«الإتلاف تسبباً بكون بعمل يقع على شيء يقضي إلى تلف آخر»[3] فالمتسبب في ضوء ما ذكرناه لا يضمن، لأن الهلاك لم يحصل بفعله، إنما حصل بعلة أخرى. إلا إذا كان متعدياً. فالتلف للشيء علته المباشرة، بينما التلف أو الهلاك بالسبب يكون بعلة أخرى؛ وإلى هذا أشار الإمام الغزالي فقال.

«وحدّ المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق».

«وحدّ السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى»[4] وحقيقة الأمر أن التعدي هو الأصل في المتسبب وهذه الصفة هي الموجبة للضمان، بينما المباشر ضامن على وجه الإطلاق، ولا يشترط فيه التعدي؛ وإلى هذا أشار السرخسي فقال:

المسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون ضامناً[5].

المسبب إذا كان متعدياً في سبب فهو ضامن[6].

---

(1) البغدادي مجمع الضمانات ص 146.
(2) المادة 887.
(3) المادة ـ 888.
(4) الإمام الغزالي ـ الوجيز ج 1 ص 205 و206.
(5) المبسوط ج 27 ص 22.
(6) المبسوط ج 26 ص 186.

وعلى هذا فالأصل أن المتسبب ضامن إذا كان متعدياً، وإلا لا يضمن، والمباشر يضمن مطلقاً، كما يظهر من الفروع[1]، والمثال على ذلك: أنه إذا وطىء الراكب بدابة في ملكه إنساناً، يضمنه، لأنه مباشرة يقتله بثقله، فيضمن هنا وإن لم يتعد.

على أن الحنابلة يرون أن الضمان يجب سواء بالسبب أو بالمباشرة، إذ السبب عندهم يلحق بالمباشرة إذا كان بوصف التعدي، فإذا ألقى شخص إنساناً على أفعى، أو ألقاها عليه فقتلته، فعليه ضمانه، لأنه تلف لعدوانه، فأشبه ما لو جنى عليه[2].

ـ التعدي شرط في التسبب لا في المباشرة:

علمنا فيما سبق أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بمعنى أن التعدي ليس بشرط في المباشر إذ الضمان يتحقق بمجرد حدوث الضرر أو الواقعة المادية، إذ يتحقق الارتباط بين الضرر والفعل الضار بارتباط العلة بالمعلول، دون النظر إلى وصف الفعل، سواء كان بحق أو كان بتعد، بصرف النظر عن شخص الفاعل سواء كان مميزاً أو غير مميز، عالماً بالفعل أو غير عالم، قاصداً فعله أو غير قاصد، في ملكه أو في غير ملكه، والأمثلة على المباشرة كثيرة منها ما جاء في فتاوى ظهير الدين: قطع أشجار كرم إنسان يضمن القيمة لأنه أتلف غير المثلي[3]. وورد في المرجع نفسه، أنه «لو أن ابن يوم انقلب على قارورة إنسان مثلاً فكسرها، يجب عليه الضمان في الحال[4]. وكذا لو قصف رجل نائماً وتركه حتى مات من سيلان الدم يجب عليه القصاص[5] هذا وقد أوردت مجلة الأحكام العدلية أيضاً أمثلة كثيرة على وجوب الضمان للمباشر، دون اشتراط شرط التعدي. منها:

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 592.
(2) أحمد بن محمد الدردير ـ الشرح الكبير ج 9 ص 485.
(3) ابن الشحنة لسان الحكام في معرفة الأحكام ص 98.
(4) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 140.
(5) ابن الشحنة لسان الحكام في معرفة الأحكام ص 113.

«إذا زلق أحد وسقط على مال آخر يضمن».

وكذا «لو أتلف أحد مال غيره على زعمه أنه له يضمن». وكذلك «إذ أتلف صبي مال غيره، يلتزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له.

مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه»[1].

أما عن التسبيب فقد قلنا إن الفقهاء اشترطوا التعدي لوجوب الضمان دون النظر إلى شخصية الفاعل، أي أن نظرة الفقهاء، في هذه الناحية نظرة مادية، وهي وقوع الضرر الناشيء عن التعدي مهما كان وصفه، سواء كان بتعمد أو تقصير أو إهمال، أو قلة احتراز، أو عن جهل، أو علم، أو اضطرار، أو خطأ، أو ظن، أو بقصر أو رشاد، والأمثلة على ذلك كثيرة في كتب الفقه، ويحسن بنا أن نعرض بعضاً منها.

أ ـ الإتلاف بالتسبب تعمداً أو خطأ.

الإتلاف بالتسبب عمداً أو خطأ موجب للضمان لوقوع الضرر بالتعدي أو الخطأ مثال ذلك: شق رجل زقاً فيه زيت للغير فسال، أو فتح رجل قفصاً فيه طائر فطار، أو حل وثاق عبد فأبق، في كل هذه الصور يضمن المتسبب عند الأحناف، وعند الشافعي، إن تمت هذه الوقائع في الحال ضمن وإلاّ فلا، وكذلك عند مالك[2].

وكذا لو تجاذب رجلان حبلاً فقطع إنسان الحبل بينهما بقصد إيقاعهما، فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا، فديتهما على عاقلة القاطع، لتسببه بالقطع[3]، وكذا لو حفر إنسان بئراً في طريق عام، أو وضع حجراً، فتلف به إنسان أو بهيمة ضمن، إلا أن ضمان الإنسان على العاقلة، وضمان البهيمة في ماله[4].

---

(1) مجلة الأحكام العدلية المواد 913 إلى 916.
(2) ابن جزي القواعد الفقهية ص 318 ـ 319.
(3) ابن جزي القواعد الفقهية ص 318 ـ 319.
(4) الزيلعي تبيين الحقائق ج 6 ص 143.

في هذه الأمثلة الضمان واحد سواء في العمد أو الخطأ. إذ جميع هذه الصور كان الضمان بالتسبيب.

ب ـ الإتلاف بالتسبيب تقصيراً:

الضمان في هذه الصورة يكون نتيجة الإهمال في الحفظ أو التقصير إذ تتجلى هذه الصورة في الإهمال في الحفظ سواء كان صادراً عنه أو كان الإهمال والتقصير في الحفظ يسببه مثال ذلك: سلم رجل ولده الصغير إلى سبّاح ليعلمه السباحة، فغرق، فالضمان على السباح، لأنه سلّمه إليه ليحتاط في حفظه، فإذا غرق نسب إلى السباح التفريط في حفظه، ومثال آخر ساق رجل دابة فوقع سرجها، أو غيره من أدواتها كاللجام ونحوه، وما يحمل عليها، وأصاب هذا الشيء إنساناً فمات ضمن السائق، لأنه متعد في هذا التسبب، لأن قوع التقصير منه، بسبب ترك الشدّ والأحكام فيه كما ذكرنا سابقاً[1] وكذلك من أهمل جداره المائل فانهدم نتيجة عدم الترميم والإصلاح، فألحق ضرراً بالغير، وجب الضمان على صاحبه بسبب تقصيره، فالمسؤولية هنا تتم تبعاً للتقصير والإهمال في الإصلاح.

ج ـ الإتلاف بالتسبب عن عدم الاحتراز:

المراد بالاحتراز هو عدم التبصر في عواقب الأمور للأفعال التي يرتكبها الإنسان قصداً أو باختباره. دون التوقع أو التبصر بما قد ينجم عنها من أضرار للغير، هذا السلوك من الحرص يمليه الشرع والعرف على الإنسان، في أفعاله وتصرفاته، والأمثلة على عدم التبصر والاحتراز كثيرة ومتنوعة في كتب الفقه، منها:

1 ـ مسائل تتعلق بالطريق العام:

الأصل أن لكل إنسان أن يمر بالطريق العام دون أن يعرقل السير فيه، بحيث يتحرز من أن يضر بمروره حقوق الغير، فمن جاوز هذا الحد، أو

(1) محمد بن سليمان ـ مجمع الأنهر ج 2 ص 633.

استعمل حقه بالمرور بدون التحرز الكافي، كان ضامناً لما ينتج عن المجاوزة أو عدم الاحتراز، وإلى هذا أشارت مجلة الأحكام العدلية فنصت على أنه:

«لكل أحد حق المرور في الطريق العام، لكن بشرط السلامة، بمعنى أنه مقيد بشرط أن لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها، فلو سقط عن ظهر الحمال حمل وأتلف مال أحد، يكون الحمال ضامناً، وكذا إذا أحرقت ثياب أحد كان ماراً في الطريق، الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد، فيضمن الحداد ثياب ذلك المارّ»[1].

ومرد ذلك أن الانتفاع من الطريق العام إذ هو مباح، بيد أنه مقيد بشرطين أساسيين وهما:

1 ـ شرط السلامة وعدم الإضرار بالغير.

2 ـ شرط أن يكون الشخص مأذوناً فيه، بأن لا يمنعه منه السلطان ونحوه.

وعلى هذا فإن جلوس البائع في الطريق العام للبيع والشراء جائز إن لم يضر بأحد، فإذا أضر لم يجز[2]، وقياساً على ذلك، فمن يسير في الطريق العام بسيارته دون احتراز ويلحق ضرراً بالغير وجب عليه الضمان، أما من يوقفها فيه في المكان المعدّ لوقوف السيارات فلا ضمان عليه، إذا أتلف شيء بسبب وقوفها.

2 ـ مسائل تتعلق بالإتلاف تسبباً بالماء والنار:

الأصل أن الماء والنار مباح وجودهما واستعمالهما، لكن هذه من الأشياء التي تسيل وتتعدى انتشاراً، إذا لم يكن هناك تيقظ وتحرز في استعمالها، وتقدير نتائجها المتوقعة.

---

(1) مجلة الأحكام العدلية المادية ـ 926 شرح سليم رستم.

(2) منلا خسرو ـ شرح الدرر على الغرر ج 2 ص 11.

فمعيار تحقق الضرر بالماء والنار هو مخالفة المعتاد، والتفريط وقلة الاحتراز في استعمالها، وعلى هذا من استعمل النار بما جرت به العادة باحتراز وعدم تفريط، فألحقت ضرراً للغير فلا مسؤولية على الفاعل أما إذا استعملها في يوم ريح وكانت النار قوية فسرت إلى درع الغير الملاصق أو كان استعمال النار زائداً عن المعتاد والمعقول وجب الضمان. وإلى هذا أشار قاضيخان فقال: «رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، وأحرقتِ زرعه، لا يضمن إلا أن يعلم إنه لو حرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره، لأنه إذا علم ذلك كان قاصداً إحراق زرع الغير. رجل أوقد تنوره ناراً، فألقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور. فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق، يضمن صاحب التنور، كما لو أرسل في أرضه ماءً لا تحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض غيره، فأفسد ما في الزرع، كان ضُامناً[1]. واتفق فقهاء المالكية، على أن من منع صرف ماءه على دار جاره، أو أجرى الماء في داره، بحيث يفيض بحيطان جاره، إذ جعل ذلك من فروع من أحدث ضرراً أمر بقطعه، ولا ضرر ولا ضرار[2].

من هذا يتضح لنا أن الضمان يتوجب، إذا كان الإحراق أو السقي أو نحوهما كان عامداً، أو كان الفعل تعدياً أو كان الفعل في يوم ريح أو كانت الأرض مائلة، أو بوجوب الضمان هنا نتيجة عدم الاحتراز وعدم توقع حدوث الخطر بسبب ظروف البيئة. ففي هذه الحالات يعتبر التعدي فيها قائماً حكماً ما لم يقم دليل على إثبات العكس بأن كان الإحراق نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجىء.

3 ـ مسائل تتعلق بالإتلاف بسبب البئر.

الأصل أنه لا يجوز لأحد أن يحفر بئراً في الطريق العام، ولا في

---

(1) قاضيخان ـ الفتاوى الخانية بهامش الهندية ج 3 ص 283.

(2) ابن جزي ـ القوانين الفقهية ص 327.

(3) السيوطي الأشباه والنظائر ص 108.

ملك الغير فإن فعل فوقع فيه إنسان أو حيوان ضمن الحافر، لأنه بهذا يعتبر متعدياً، إلا إذا كان الحفر في الطريق العام بإذن الإمام أو الحفر في ملك الغير بإذن المالك، ففي هذه الحالة لا يضمن لأنه ليس متعدياً شريطة أن لا يتضرر به أحد، أما إذا كان يتضرر به بعض المارة، فيضمن الحافر، وإن أذن الإمام بذلك، ومرد دلك أن تصرف الإمام إذ ينفذ على العامة فيشترط فيه أن يكون محققاً للمصلحة العامة، وفي هذا ينفذ التصرف، أما إذا كان فيه مفسدة فلا ينفذ، إذ القاعدة أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وإلى هذا أشار الإمام الشافعي وقال: منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم.

وهذا هو الحكم في القوانين الحديثة. إذ حفر البئر في الطريق العام ولو بإذن ولي الأمر إذا ألحق ضرراً بالغير وجب الضمان، فالتقصير في مثل هذه الأحوال يعتبر مفروضاً. أما إذا حفر إنسان بئراً في ملكه فلا ضمان عليه إلا إذا ثبت صدور قلة احتراز أو تقصير من الحافر، وقد نص الحنابلة على هذه المسألة بشيء من التفصيل معتمدين المعيار في الضمان أو عدمه معيار الشخص العادي في عدم الاحتراز أو التقصير بالنسبة للمتضرر، ومعيار تحقق العدوان بالنسبة للحافر.

«إن حفر إنسان في ملكه بئراً، فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به، وكان الداخل دخل بغير إذنه، فلا ضمان على الحافر، لأنه لا عدوان معه، وإن دخل بإذنه، والبئر بنية مكشوفة، والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً، لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه، فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل نفسه، وإن كان الداخل أعمى، أو كانت البئر في ظلمة لا يبصرها الداخل، أو غطى رأسها، فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها، فعليه ضمانه. وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمنه لأنه هلك بفعل نفسه»[1].

(1) ابن قدامة المغني ج 9 ص 571.

ـ الإتلاف بسبب الجهل في الحرف:

يتصل الجهل بموضوع المسؤولية التقصيرية، لأن الجهل يقوم على عدم توفر الحذق والمهارة والخبرة في حرفة خاصة، فإذا تحقق هذا الجهل في مهنة ما، وجب الضمان بسبب الجهل، والمراد هنا بالجهل المقصود في بحثنا، هو الجهل بالمعنى الخاص؛ وهو يعني عدم الخبرة الخاصة التي تتطلبها بعض المهن كالمفتي والقاضي والمحامي والطبيب والصيدلي وما شابه ذلك، أما الجهل العام الذي يقابل العلم وهو ما يعني عدم المعرفة عامة، إذ المقصود هو الجهل بالمعنى الخاص على ما ذكرناه وهذا يوجب المسؤولية، إذ من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الجهل بالحكم في دار الإسلام لا يكون عذراً[1] وبالتالي الجهل لا يسقط الضمان بل يسقط الإثم، وإلى هذا أشار فقهاء الحنفية فقالوا إنه لا يشترط لوجوب الضمان العلم بكون المتلف مال الغير، فلو أتلف مالاً يظن أنه له، فإذا هو ملك غيره، يضمن، ويعلل ذلك الكاساني بقوله: «لأن الإتلاف أمر حقيقي، لا يتوقف وجوده على العلم»[2] هذا وضرب الأحناف مثلاً على الضمان لعدم العلم «بأنه لو ربط بعيراً بقطار، والقطار يسير، وقائد القطار لا يعلم به، فعطب بالبعير المربوط إنسان، ضمن عاقلة القائد دية القتيل، ثم رجعوا بها على عاقلة الرابط، وعللوا ذلك بأن الرابط متسبب، والقائد مباشر، لاتصال التلف به، فيجب عليه، ثم يرجع على عاقلة الرابط، لأن ربطه له في حال السير بمنزلة الأمر بالقود، «وإذا لم يعلم (القائد) لا يمكنه التحفظ عنه» ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه، لتحقق الإتلاف منه، وإنما ينفي الإثم، فيكون قرار الضمان على الرابط[3] هذا بالنسبة للجهل بعدم المعرفة أما الجهل بمعنى عدم الاختصاص المهني لحرفة أو صناعة ما، والتي تتطلب علماً وخبرةً واتقاناً ليكون الناس في مأمن من الأضرار التي تلحق

---

(1) محمود الحمزواي ـ الفوائد البهية في القواعد الفقهية ص 322.

(2) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج 7 ص 168.

(3) محمد بن سليمان ـ مجمع الأنهر ج 2 ص 634.

بهم نتيجة عدم الخبرة، فإن هذا الجهل بالمهنة أو الحرفة يستدعي إلى جانبه المنع من مزاولة الجاهل المهنة التي يحترفها مساءلته عن الضرر الذي يلحقه بالناس بسبب جهله لأن القاعدة العامة، إنه «**يتحمل الضرر لدفع ضرر عام**»[1] وتعليل ذلك أن المساءلة تتحقق لتجرئه على تعاطي مهنة مع جهله بها وعدم حذاقته فيها، لهذا فإن إقدام الجاهل على أمر وهو عالم بجهله بل ومفروض فيه أنه يعلم نتائج جهله ومجازفته في مهنة لا يعلمها، فإن هذه المجازفة هي من باب عدم التبصر في عواقب الأمور وعدم الاحتراز. لهذا فإن الطبيب الجاهل والقاضي الجاهل والمفتي الماجن، أوجب الشرع منعهم من مزاولة عملهم لحؤوله دون المضي مع ضلالة الجهالة. لهذا فقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مسؤولية هذا الصنف من الناس فألزموا الطبيب الجاهل بالضمان، فإذا مات المريض بسبب علاج الطبيب الجاهل له، فإن حادث الموت لا يصح أن ينسب من الناس وألزموا الطبيب الجاهل بالضمان. إلى الطبيب، إنما يجب أن يعاقب على الأخطاء التي يرتكبها نتيجة جهله، إذ لا يصح أن يخلو من المسؤولية بحجة ضعف معارفه في الطب، هذا ويحسن بنا في معرض المسؤولية أن نبحث هنا مسؤولية الطبيب في الشريعة الإسلامية.

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 26، 964.

الفصل الثاني

المسؤولية الطبية في الشريعة الاسلامية

1 ـ أثر الجهل في مسؤولية الطبيب في الشريعة الإسلامية:

المسؤولية الطبية معروفة في الشريعة الإسلامية وقد أرست لها قواعد دقيقة مما يجعل تنظيمها في جوهره، أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في العصر الحديث. وها هي بعض النصوص الواردة في هذا الصدد، إذ القاعدة الشرعية:

«إن كل من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير، نتيجة هذه المزاولة. وقد جاء في الحديث: **«من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن»**[1]. وجاء أيضاً: **«من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً وما دونها، فهو ضامن»** وورد أيضاً: **«أيما طبيب لا تطبب على قوم لا يعرف له تطبيب قبل ذلك، فأعنت فهو ضامن»**[2] هذا وقد رتب علماء الشرع على ذلك، أن الطبيب الجاهل إذا أوهم المريض بعلمه، فأذن له بعلاجه، لما ظنه من معرفته، فمات المريض، أو أصابه تلف من جراء هذا العلاج، فإن الطبيب يلزمه بدية النفس، أو تعويض التلف على حسب الأحوال[3] وقال الخطابي:

«لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذ تعدى، فتلف المريض كان ضامناً»

---

(1) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه.

(2) وابن قيم الجوزية. زاد المعاد ج 3 ص 145.

(3) السيوطي الجامع الصغير رقم 8596/ وسنن أبي داوود والنسائي وابن ماجه.

ويختلف الأمر من ناحية المسؤولية المدنية، بين الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق، فعلماء الشريعة ينفون المسؤولية عن الطبيب الجاهل، إذا كان المريض يعلم أنه جاهل لا علم له، وأذن بعلاجه رغم ذلك. هذا والمراد بالجهل هنا الجهل بالمعنى الخاص وهو ألصق بالمسؤولية العقدية منه بالمسؤولية التقصيرية. والواقع أن الفقه الإسلامي يعتبرها من المسؤولية العقدية. ذلك أنها إذ تتطلب مهارة وخبرة في حرفة خاصة. فإن إقدام الطبيب على معالجة المريض وهو جاهل فيما هو بصدده يدعو إلى تضمينه بسبب الجهل.

أما الطبيب الحاذق، فلا يسأل عن الضرر الذي يصيب المريض ولو مات المريض من جراء العلاج، ما دام المريض قد أذن له بعلاجه، ولم يقم من الطبيب خطأ في هذا العلاج بل كان الضرر أو الموت نتيجة أمر لا يمكن توقعه أو تفاديه[1] وعلى هذا يحسن بنا أن نستعرض المعيار الضابط لمسؤولية الطبيب وهو معيار دقيق نستطيع استخلاصه وهو أن المعيار الضابط لمسؤولية الطبيب إذا أخطأ في عمله، وألحق التلف والأضرار للمفعول به، إنما هو معيار طبيب من أهل العلم وجد في نفس الظروف الزمانية والمكانية والشخصية للمريض. فإن كان مثله لا يخطىء خطأه، فالضمان عليه، وهذا هو المعيار المقرر في العصر الحاضر، ويبدو أن الإمام الشافعي أشار إلى هذا المعيار، وهو معيار ضبط مسؤولية المحترف لحرفة أو مهنة ما فقال:

«إذا أمر أحد الرجل يحجمه أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح، وكان عالماً به فهو ضامن» كما وقرر هذا المعيار نفسه في الحرف العادية فقال: «إن استأجر الرجلُ أن يخبز له خبزاً معلوماً في تنور أو فرن

(1) راجع كتابنا مسؤولية الطبيب المدنية ص 46 وما بعدها.

فاحترق الخبز، سئل أهل العلم به، فإن كان خبزه في حال لا يخبز في مثلها، باستيقاد التنور أو شدة حمرته أو تركه تركاً لا يترك مثله، فهذا كله تعدٍ يضمن فيه بكل حال»[1] وكذا قال بهذا الإمام مالك وغيره[2].

وعلى هذا نجد أن معيار الضمان هو تحقق الأضرار بالجهل وعدم التبصر، فإذ انتفى هذا، فلا ضمان، بمعنى إذا قام الطبيب بما أوجبه الفن والأصول في مداواته للمريض فمات من جراء العلاج، ما دام المريض قد أذن بعلاجه، ولم يصدر عن الطبيب تقصير أو خطأ في العلاج، بل كان الضرر أو الموت نتيجة أمر لا يمكن توقعه أو تفاديه، وعلى ذلك اتفق الفقهاء على أن الموت إذا جاء نتيجة لفعل واجب مع الاحتياط وعدم التقصير، لا ضمان فيه. وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزيه فقال:

«إنه لا مسؤولية على الطبيب الحاذق، حصل الإذن أو لم يحصل لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل، ولأن العدوان وعدمه، يرجع إلى فعل الطبيب، ولا أثر للإذن وعدمه فيه، بل إن مناط الضمان هو كون الفعل قد جاء على وجهه، أو لم يجيء كذلك وما دام الطبيب حاذقاً، وقد أتى بالفعل على وجهه، أو بذل فيه غاية جهده فلا ضمان عليه، ولا على عاقلته[3].

وتطبيقاً لهذا أفتى الفقهاء، أن عطاراً طلب منه شربه لرضيع فدفع أجزاء صالحة فسقاه أهله منها، وقدر الله بموته. وإن طبيباً غير جاهل طلبت منه امرأة، دواء لها، فأعطاها الدواء وشربته ثم ماتت. فالفتوى في هذه المسائل وأشباهها، أن لا ضمان على العطار أو الطبيب مطلقاً[4].

مما تقدم نجد أن الجهل المقصود هو عدم توفر الخبرة أو

---

(1) محمد الشافعي ـ الأم ج 6 ص 166.

(2) مالك بن أنس المدونة الكبرى ج 12 ص 31.

(3) ابن قيم الجوزية زاد المعاد ج 3 ص 146.

(4) خير الدين الرملي ـ الفتاوى الخيرية ج 2 ص 194.

الاختصاص فيما أقدم عليه الطبيب لهذا منع الطبيب الجاهل قديماً من مزاولة مهنة الطب، دفعاً لضرره، لأن مهنة الطب تستوجب خبرة عملية، وتعتبر الخبرة في عصرنا الحاضر، لممارسة الطب إجازة الطبيب من كلية الطب والتي تفيد الاختصاص بفروع الطب فإذا تعدى الطبيب اختصاصه وأخطأ في عمله كان ضامناً، كمن يزاول الجراحة وهو غير مختص بذلك، فخطأه في هذه الحالة يكون نتيجة تعديه مما يستوجب المساءلة والضمان، كما يستوجب الضمان أيضاً، خطأ الطبيب حتى في دائرة اختصاصه، وكذا لو قام الطبيب بإجراء عملية جراحية، وهو بحالة سكر، فألحق الضرر، فهو مسؤول، هذا والتعدي المسائل عنه، والموجب للمؤاخذة هو التعدي الفاحش، لأنه ينبىء عن عدم الخبرة والحذاقة المطلوبة في كل مهنة، أما الخطأ اليسير أو الطفيف والذي يقع فيه كل محترف فلا يعتد به في الغالب، وبالتالي فلا ضمان فيه، وعملاً بهذا، لا يساءل القاضي إذا أخطأ في بعض أحكامه سهواً أو نسياناً، فإنه لا يضمن، من جهة طالما أن باب التصحيح للخطأ مفتوح للمتضرر من جهة ثانية، سواء أمام القاضي نفسه، أو أمام المرجع الأعلى منه، وهي المحاكم التي تعلو محكمة الدرجة الأولى، وهذه المحاكم تعتبر مرجعاً أيضاً، لتصحيح الأحكام التي تجانب الصواب. ومع هذا فإن المتضرر له حق الرجوع بالضمان على القاضي المتعمد الخطأ جوراً وظلماً[1]. إلا أن الفقهاء المسلمون لم يضمنوا القضاة الذي يخطئون في الحكم، بل جعلوا الضمان على بيت المال، أما القضاة في العصر الحاضر فلا يرجع عليهم بالضمان فيما أخطأوا، ولعل الدولة تتحمل مسؤولية القاضي الذي يلحق الضرر بالمتقاضين، تبعاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، والمتضرر إذ يقيم الدعوى على القاضي بسبب خطأه وجهله الفاضح، فإن دعوى مخاصمة القضاة، تقوم على أساس إثبات الخطأ الفاحش والجهل الفاضح فإذا ثبت فإن الدولة مسؤولة عما يحكم به من التضمينات على القاضي بسبب أفعاله، التي أسست عليها

---

(1) محمد المهدي العباسي - الفتاوى المهدية ج 3 ص 278.

دعوى المخاصمة وحكم فيها، وللدولة حق الرجوع على القاضي بما يحكم عليها به وهذا متفق مع مبدأ العدالة، لذلك كرّس القانون في العصر الحاضر مبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء القاضي رحمة بالمضرور، وإن لم يكن كذلك، فإن القاضي في أكثر الأحيان عاجز مادياً عن دفع التعويض عن الأضرار التي يلحقها بالغير نتيجة أخطائه.

وهكذا نجد أن معيار المسؤولية وتحقق الجهل للممتهن لحرفة ما، وهو خروج الممتهن عن الحد الأدنى، المألوف لأصول وقواعد مزاولة المهنة. وعلى هذا نجد أن الخطأ المهني هو الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة[1].

هذا والأمثلة على مخالفة الأصول وقواعد المهنة عديدة، وقد وردت في النصوص الفقهية، نورد منها ما يلي: حجّام قال لآخر إن في عينيك لحماً. إن لم تزله عميت، فقال أنا أزيله عنك وقطع الحجّام لحماً من عينه، وكان غير حاذق، فعميت، عين الرجل يلزمه نصف الدية[2].

سئل نجم الدين الحليمي عن صبية سقطت من سطح، فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين، إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم، إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل ملياً ثم قال، لا، إذا كان الشق بإذن، وكان الشق معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم، فقيل له، إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها فقال ذلك لا يوقف عليه، فاعتبر نفس الأذن، قيل له فلو قال: هذا الجراح إن ماتت فأنا ضامن، هل يضمن؟ قال: لا، انتهى.. قلت إنما لم يعتبر شرط الضمان، لما تقرر أن شرطه على الأمين باطل، على ما عليه الفتوى[3] اهـ وأورد الإمام الشافعي:

---

(1) عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 1 ص 931.

(2) ابن عابدين ـ الدر المختار ج 5 ص 558.

(3) ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 559.

«إنه إذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل فعله مما فيه الصلاح للمفعول به، عند أهل العلم بتلك الصناعة، فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح، وكان عالماً به، فهو ضامن، وله أجر ما عمل في الحالين في السلامة والعطب، قال أبو محمد وفيه قول آخر، إذا فعل ما لا يفعل فيه مثله، فليس له من الأجر شيء، لأنه متعد، والعمل الذي عمله لم يؤمر به، فهو ضامن، ولا أجر له، وهذا أصح القولين، وهو معنى قول الشافعي[1].

والمالكية يميزون بين الخطأ وبين عدم المعرفة. فقالوا: في الطبيب يسقي المريض أو يكويه فيموت، والبيطار يطرح الدابة فتموت، والحجام يختن الصبي، أو يقلع الضرس، فيموت صاحبه، لا ضمان على هؤلاء، لأنه مما فيه التغرير، وهذا لم يخطىء في فعله، فإن أخطأ، فالدية على عاقلته، وينظر، فإن كان عارفاً فلا يعاقب على خطئه، وإن كان غير عارف، وغرّ من نفسه، فيؤدب بالضرب والسجن[2] وورد في الفتاوى: سئل عطار طلب منه شربة لرضيع، فدفع أجزاء مما يصلح فسقاه أهله منها، وقدر الله بموته، وأهله يقولون مات بسبب ذلك والعطار ينكر، فهل يلزم العطار شيء أم لا؟ أجاب لا يضمن، وإن قدرنا أنه مات بسبب ذلك[3].

وورد أيضاً: سئل في طبيب ذمي، غير جاهل، طلبت منه امرأة مريضة دواء لها، فأعطاها دواء، شربته بنفسها في بيتها، فزعم ابنها أنه ازداد مرضها بالدواء المذكور، وإن الطبيب يلزمه ديتها إذ ماتت من المرض المرقوم، فهل لا يلزمه شيء ولا عبرة بزعمه؟ الجواب نعم[4].

---

(1) محمد الشافعي، الأم ج 6 ص 166.
(2) ابن جزي القوانين الفقهية ص 322.
(3) الفتاوى الخيرية ج 2 ص 176.
(4) ابن عابدين العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج 2 ص 235.

وعلى هذا اتفق الفقهاء:

«إن الموت إذا جاء نتيجة لفعل واجب مع الاحتياط وعدم التقصير فلا ضمان فيه».

هذا ومن القواعد المقررة شرعاً، أن عمل الطبيب عند الإذن بالعلاج، أو عند طلبه، يعدّ واجباً، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة، ولو أن واجب الطبيب متروك لاختياره وحده، ولاجتهاده العلمي والعملي، فهو أشبه بصاحب الحق، لماله من السلطان الواسع، والحرية في اختيار العلاج، وكيفيته[1] وعلى ذلك إجماع الفقهاء، ولكنهم يختلفون، في تعليل رفع المسؤولية، ويحسن بنا أن نستعرض آراء الأئمة الأربعة في هذا الخصوص.

1 ـ رأى الإمام أبو حنيفة: فقد قال:

إن العلة ترجع إلى الضرورة الاجتماعية وإذن المجني عليه أو وليه[2].

2 ـ رأي الإمامين الشافعي وأحمد بن حنبل، فقد قالا:

«إن العلة أنه يأتي فعله بإذن المجني عليه، وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به[3].

3 ـ رأي الإمام مالك يقول:

«إن العلة هي إذن الحاكم أولاً، وإذن المريض ثانياً وباجتماع هذين الشرطين، لا مسؤولية على الطبيب، إلا إذا خالف أصول الفن، أو أخطأ في فعله»[4].

---

(1) محمد أبو زهرة عن مسؤولية الأطباء، مجلة لواء الإسلام س ـ 20 ص 53 ـ 55.

(2) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج 7 ص 305.

(3) شرح مختصر خليل مواهب الجليل ج 6 ص 321.

(4) المرجع السابق ج 6 ص 321.

وعلى هذا فالطبيب لا يمكن أن ترفع عنه المسؤولية إذا هو أخطأ، فخالف أصول الفن، عن جهل أو خطأ في تطبيقها.

أثر تعدي الطبيب وخطأه في الشريعة الإسلامية

الخطأ في اللغة ضد الصواب، شرعاً: هو وقوع الشيء على خلاف ما أريد، وهو عذر صالح سقوط حق الله تعالى، إذا حصل عن اجتهاد لعدم القصد، إذ القاعدة، أنه لو أخطأ المجتهد في الفتوى بعد بذل جهده، لا يكون آثماً، ويستحق أجراً واحداً عملاً بالحديث النبوي:

«من اجتهد فأخطأ فله أجر، ومن اجتهد فأصاب فله أجران» وعلى هذا فإذا أخطأ الطبيب في تطبيق العلاج، كأن سبقت يده إلى غير موضع العلاج، فنال الجسم، أو عضواً منه بتلف، فإن الطبيب يكون مسؤولاً في هذه الحالة على الرغم من حذقه، وأذن الشارع، وأذن المريض، ولكنهم ينفون عنه المسؤولية فيما قلّ عن الثلث، ولعل حكمة ذلك، أن يترك للطبيب مدى، للعمل بغير خشية المسؤولية.

أما من يلتزم في الضمان عن خطأ الطبيب في هذه المسؤولية، فالمتفق عليه، أن الدية تكون على قبيلة الطبيب، إذا بلغ الضرر الثلث، أو زاد، فإذا لم تكن له قبيلة، ففي رأي أنها تكون في مال الطبيب.

هذا، وفي رأي آخر أنها تكون في بيت المال، على اعتبار أن خطأ الطبيب كخطأ القاضي والحاكم، ممن نصبهم ولي الأمر للنفع العام، أو على حد التعبير الشرعي، لحسبة المسلمين، ولذلك، فإنه يكون ضامناً لأخطائهم التي لم تكن نتيجة تقصيرهم الشخصي، وذلك لأن بيت مال المسلمين يكون فيه متسع لهذه الضمانات.. وقد جاء أنه إذا أخطأت يد الطبيب الحاذق، وامتدت يده إلى عضو صحيح فأتلفه، كأن تسبق يد الخاتن إلى الكمرة، ففي هذه الحالة يضمن الخاتن لأنها جناية خطأ، ثم إن كانت الثلث فما زاد، فهو على عاقلته، فإن لم تكن عاقلته، فهل تكون الدية في ماله، أو بيت المال؟.

في المسألتين روايتان عن أحمد:

قيل إن كان الطبيب ذمياً، أي كتابياً في ديار المسلمين، فالدية في ماله، وإن كان مسلماً ففيه روايتان: فإن لم يكن بيت مال، أو تعذرَ تحميله، فهل تسقط الدية، أو تجب في بيت المال؟ ففيه وجهان أشهرهما سقوطها[1] هذا وإذا كانت الطبابة مهنة شريفة، شرفها الله سبحانه وتعالى فكانت معجزة المسيح كما وصف الله سبحانه وتعالى هديه القرآني، بأنه شفاء لما في الصدور، كما عدد إبراهيم عليه السلام نعمة ربه بالشفاء أو ورد على لسانه ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾[2] لهذا كانت الغاية من الطب بذل العناية، في سبيل الشفاء، لا تحقيق الشفاء على وجه الغاية، لأن الشفاء بيد الله سبحانه وتعالى، فإذا خص الله بعض عباده بمزاولة مهنة الطب والعلم به كسائر العلوم، فإن مزاولة الطب إحداث لرحمة الله بعباده، فهو عبادة وقربى، فوق أنه حرفة ومرتزق، وهو في مجتمع المجتمعات واجب شرعي، وهو فرض كفاية يغني فيه البعض، إذ فرض الكفاية، إذا قام به البعض سقط عن الآخرين[3] وهو أمر لا يحتاج إلى بيان، فإن حاجة الإنسان إلى الطب حاجة أصيلة وليست حاجة لاحقة.

وهذا إذا كان الطب ضرورة شرعية، وواجباً على المشرع أن يكفل ما يقوم به، فالقاعدة الشرعية أن ما لا يقوم الواجب إلاّ به فهو واجب، إذ الشرع استثناء في مجال المهنة الطبية، أجاز الاطلاع على جسم الإنسان، ودراسته ظاهراً وباطناً، دون أن يخلّ ذلك بالاحترام والتكريم الذي يستحقه الإنسان، كل ذلك في نطاق تقوى الله ومراقبته، وبالقدر والمنهاج الذي يراه أهل الاختصاص، من الثقات المسلمين ضرورياً، وواقياً بجلب المصلحة[4].

---

(1) ابن قيم الجوزية زاد المعاد ج 3 ص 146.

(2) سورة الشعراء، الآية: 80.

(3) عن وثيقة الكويت في المؤتمر العالمي الأول للطبيب الإسلامي المنعقد 12 ـ 16 يناير 981.

(4) المرجع السابق.

وفي نطاق اتباع الأصول في مهنة الطب، فيما يقتضيه الحذر، دون رعونة وإهمال. وذلك يبذل العناية والرعاية النفسية والطمأنينة الكاملة للمريض، بحيث يؤدي حق الله في تقوى وإحسان، والإحسان في مهنة الطب التي هي عبادة؛ هذا، والإحسان عامة **«أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك»**[1] ففي هذه الدّقة والتقوى واليقظة تتحقق السلامة، ويتجنب الطبيب الخطأ الموجب للمساءلة فما هو إذن ماهية الخطأ الموجب للمساءلة؟.

ـ في خطأ الطبيب:

المراد بالخطأ المساءل عنه في الدنيا هو الخطأ الذي لا تقره أصول الطب، ولا يقره أهل الفن والعالم. وبعضهم قال: إن هذا التحديد للخطأ يفيد معنى الخطأ الفاحش. هذا الخطأ هو المساءل عنه، أما الخطأ الطفيف أو اليسير فلا مساءلة عنه، هذا وإذا كان الخطأ عذراً صالحا سقوط حق الله كما مرّ هنا، لكنه لم يجعل عذراً في حقوق العباد، فيجب في مال المخطىء الضمان في ماله، لعدوانه وتكون الدية على عاقلته، وإذا كان المتلف نفساً، هذه هي القاعدة العامة، وهذه القاعدة إذ تطبق في المسؤولية الطبية، بيد أن فقهاء الشريعة الإسلامية أخذوا بمسؤولية الطبيب عن الخطأ الفاحش، أما الخطأ غير الفاحش فلا ضمان عليه ويضربون مثلاً، بقصة الصبية التي تقدمت معنا والتي سقطت فانفتح رأسها، فقال كثير من الجراحين، إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم، إن تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، ولما سئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين، أفتى بأنه ما دام الشق بإذن، وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم، أي لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة في هذا الشق، فإن الطبيب لا يضمن أي لا يسأل جنائياً ولا مدنياً؛ فقيل له قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن، هل يضمن؟

---

(1) رواه البخاري ومسلم.

فقال: إنه لا يضمن، لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش، لا على تعهده بنجاح العملية[1].

هذا وفي جميع الأحوال نجد أن ارتكاب الخطأ من الطبيب بما يختلف أصول الفن يوجب المساءلة، حتى ولو كان الطبيب حاذقاً مستكملاً الشروط التي تهيؤه لمعالجة الناس، أما الجاهل المتكلف بالطب وغير المأذون فيه، فإن خطأه مضاعف لأنه قد هجم بجهله على إتلاف الأنفس، كما أنه غرر بدعواه الباطلة للناس، لذلك فهو مسؤول من ناحيتين. الأولى أنه ادعى التطبيب وهو جاهل له. والناحية الثانية تغريره بالناس بالزعم المكذوب لذلك يضمن التلف وكذلك الشأن بالنسبة لمن يتعاطى الطب بصورة غير مشروعة ويخطىء.

أما بالنسبة للطبيب الحاذق. فقد حدد الفقهاء مفهومه إذ قالوا إن الطبيب الحاذق هو من أعطى الصناعة حقها وبذل غاية جهده، ولم يحصل منه تقصير في الاجتهاد والبحث، كأن يهمل في فحص المريض، أو يتسرع في وصف الدواء فيترتب على ذلك ضرر بالمريض أو وفاته وقد أورد الفقهاء، افتراضات عديدة على وجوب الضمان في فعله تبعاً لخطئه، أو عدم وجوبه منها:

1 ـ طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم يرتكب خطأ فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع ومن جهة مريضه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة من الصفات، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، لأنها سراية الواجب، وسراية الواجب مهدورة بالاتفاق، أما إذا كان الإذن بالفعل مشروطاً بالسلامة، وقبل الطبيب بهذا الشرط كان ضامناً في نظر بعض الأئمة، وغير ضامن في نظر الآخرين، فقد عدوا الإذن مسقطاً لشرط السلامة، واعتبر الطبيب غير ضامن على الرغم من اقتران الإذن بشرط السلامة.

2 ـ طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها لكنه أخطأ في يده فهذا يضمن لأنها جناية خطأ.

---

(1) أحمد إبراهيم ـ في مسؤولية الأطباء. مجلة الأزهر المجلد 20/ ص 46.

3 ـ طبيب حاذق ماهر بصناعته، اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده، وأدى ذلك إلى تلف النفس، أو ذهاب صفة من الصفات، فهذا يخرج على روايتين: أحداهما أن دية المريض على بيت المال. والثانية أنها على الطبيب.

ففي هذه الحالة أوجبت الشريعة ضمان دية المريض سواء على بيت المال أو الطبيب.

4 ـ طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل بإذنه فتلف، أو أدى ذلك إلى ذهاب صفة من الصفات، فإنه لا يضمن التلف.

5 ـ طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه فتلف، أو أدى ذلك إلى ذهاب صفة من الصفات فإنه يضمن لأن التلف تولد من فعل غير مأذون فيه.

6 ـ طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من صبي أو مجنون، بعد إذن وليه، فتلف، أو أدى ذلك إلى ذهاب صفة من الصفات، فإنه لا يضمن التلف مطلقاً.

هذا وقد حدد فقهاء المسلمين صفات الطبيب الحاذق بالسلوك الواجب الاتباع واستقصاء صفات المريض وفي ضوء طبيعة المرضى وبيئة المريض ومزاجه[1].

---

(1)
أ ــ النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو؟.
ب ــ النظر في سببه: من أي شيء حدث؟ والعلة الفاعلة التي كانت سبب حدوثه.
جـ ــ قوة المريض.
د ــ مزاج البدن الطبيعي ما هو؟.
هـ ــ المزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي.
و ــ سن المريض.
ز ــ عادة المريض.
حـ ــ الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به.
ط ــ بلد المريض وتربته. =

في ضوء ما تقدم فإن الطبيب الحاذق إذا قصر فارتكب خطأً وجب عليه الضمان إن لم يجب القصاص، والخطأ الذي يعتبر من التعدي ويسأل

ي ــ حال الهواء في وقت المرض.

ك ــ النظر في الدواء المضاد لتلك العلة.

ل ــ النظر في قوة الدواء ودرجته والموازنة بينهما وبين قوة المريض.

م ــ ألا يكون قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يؤمن معه حدوث أصعب منها، فمتى كانت إزالتها لا يؤمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها، وتلطيفها هو الواجب.

ن ــ أن يعالج بالأسهل فالأسهل، فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى الدواء إلا عند تعذره، ولا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط، فمن واجب الطبيب المعالجة بالأغذية بدل الأدوية، وبالأدوية البسيطة بدل المركبة إذا أمكن.

س ــ أن ينظر في العلة هل هي مما يمكن علاجها؟ فإن لم يكن علاجها ممكناً حفظ صناعته وحرمته، ولا يحمله الطمع على علاج لا يفيد شيئاً، وإن أمكن علاجها نظر، هل يمكن زوالها أم لا؟ فإن علم أنه لا يمكن زوالها نظر هل يمكن تخفيفها وتقليلها، فإن لم يكن تقليلها ممكناً ورأى أن غاية الإمكان إيقافها ومنع زيادتها قصد بالعلاج إلى ذلك.

ع ــ ألا يتعرض للخلط قبل نضجه باستفراغ بل بقصد إنضاجه فإذا تم نضجه بادر إلى استفراغه.

أن يكون له خبرة باعتدال القلوب والأرواح وأدويتها، وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان، فإن انفعال البدن وطبيعته وتأثير ذلك في النفس والقلب أمر مشهود، والطبيب إذا كان عارفاً بأمراض القلب والروح وعلاجهما كان هو الطبيب الكامل، والذي لا خبرة له بذلك، وإن كان حاذقاً في علاج الطبيعة وأحوال البدن فهو نصف طبيب.

ص التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي.

ق ــ أن يستعمل أنواع العلاجات، ومنها العلاج بالتخيل، فإن لحذاق الأطباء في التخيل أموراً عجيبة لا يصل إليها الدواء، فالطبيب الحاذق يستعين على المرض بكل معين.

ر ــ ملاك أمر الطبيب أن يجعل علاجه وتدبيره دائراً على ستة أركان:

1 ــ حفظ الصحة الموجودة.

2 ــ رد الصحة المفقودة بحسب الإمكان.

3 ــ إزالة العلة.

4 ــ أو تقليل العلة بحسب الإمكان.

5 ــ احتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما.

6 ــ تقريب أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما.

فعلى هذه الأصول الستة مدار العلاج، وكل طبيب لا تكون هذه أمنيته التي يرجع إليها فليس بطبيب. (أحمد شوكت الطب عند العرب ص 40 ــ 42).

عنه هو الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه أي طبيب بأن كان ناتجاً عن استهتار بيّن وجهل فاضح، أو عن خطأ فاحش لا يقره أصول فن الطب، ولا أهل المعرفة فيه، ويضربون مثلاً على ذلك، أن الطبيب يضمن إذا قصر، تقصيراً واضحاً، كأن أراد قلع سنّ فقلع غيرها خطأ، أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم في الطب، عند أهل المعرفة، كأن زلت أو ترامت يد خاتن، أو سقي دواء غير مناسب للداء، معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ في اعتقاده[1] أو شق عنق طفل مصاب بخناق عرضانياً دون تيقظ وحذر، فحصل له نزيف حاد فمات لتوّه.

أما عن الخطأ اليسير فقد رتب الشراح المحدثون على ذلك: أن الطبيب في الشريعة الإسلامية، لم يكن يسأل عن الخطأ اليسير الذي يمكن أن يقع فيه أي طبيب.

هذا وقد يكون الخطأ غير بسيط ولكن لا يقع فيه الطبيب المعتاد المعتبر من أواسط رجال الطب، وذلك في الظروف العادية للتشخيص، أما في الظروف المتشابهة التي يصعب فيها التشخيص، إذ يلتبس الأمر، وتتشابه الأعراض، ففي هذه الحالة لا مسؤولية على الطبيب إذا هو أخطأ في التشخيص وذلك أن في مثل هذه الحالة، تختلف وجهات النظر، ولا يمكن إعطاء رأي قاطع في موضوع المرض[2] وعلى هذا نستطيع أن نقرر أنه لا تقوم المسؤولية في حالة تشابه الأعراض بالنسبة للأطباء العاديين غير المختصين.

أما بالنسبة لأخطاء الأطباء المختصين فلا يجوز أخذهم بروح التساهل، بل على العكس يجب التدقيق معهم، «إذ عليهم قبل أن يعينوا نوع المرض وصفته، أن يلجأوا إلى كافة وسائل التحقيق، كما يتعين عليهم استعمال كافة الوسائل التي تضمن لهم الدقة في الرأي، والصواب في

(1) شرح القرشي على مختصر خليل ج 2 ص 259 و406.

(2) عبد السلام التونجي ـ المسؤولية المدنية للطبيب ص 359.

التشخيص، والبعد عن مواطن الزلل، فهؤلاء يسألون عن أي خطأ ولو يسيراً» خصوصاً، إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم أما إذا كان تصرف الطبيب واجتهاده مبنياً على أساس من العلم والمعرفة، على ما فيه مقتضى الحكمة وصناعة الطب، من غير تفريط ولا تقصير، فلا مسؤولية عليه حتى وإن مات، إذ في هذه الحالة يعرض أولياء المريض على حكيم مشهور تعرض عليه الوصفات التي كتبها الطبيب، فإن رآها على مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير من الطبيب قال هذا قضى بفروغ أجله، وإن رأى الأمر بخلاف ذلك قال لهم خذوا دية صاحبكم من الطبيب، فإنه هو الذي قتله بسوء صناعته وتفريطه، فكانوا يحتاطون، إذن على هذه الصورة الشريفة إلى هذا الحد حتى لا يتعاطى الطب من ليس من أهله، ولا يتهاون الطبيب في شيء منه[1].

وخلاصة القول في الخطأ الطبي: هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته، أما إذا راعى الأصول الفنية في مهنته فقد قام بواجبه لذلك قيل بحق «أنا أعالجه والله يشفيه» فإذا بذل الطبيب جهوداً صادقة يقظة متفقة ـ في غير الظروف الاستثنائية ـ مع الأصول العلمية، فقد حقق المطلوب، والمراد بالظروف الاستثنائية هي الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب أثناء عمله كظرف السرعة في العمل، لأن الضرورة تقدر بقدرها إذا الطبيب مهما أوتي من علم ومقدرة، لا يستطيع أن يلتزم بمنع المرض من التطور، أو ضمان الشفاء.

كما لا يستطيع أن يلتزم بأن لا تسوء حالة المريض، وبالتالي لا يستطيع أيضاً أن يلتزم بأن لا يموت المريض، لذلك كان التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فإذا بذل جهده واستنبط أساليب العلاج من خلال خبرته واجتهاده في علاج الأمراض، فلا يسأل الطبيب حتى ولو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم[2].

---

(1) محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الاخوة ـ معالم القربة في أحكام الحسبة ص 167.

(2) أحمد محمد إبراهيم مسؤولية الأطباء ـ مجلة الأزهر المجلد / 20/ س 46.

أما إذا اجتهد الطبيب وتجاوز الحد المعلوم في أصول الطب العلمية وفنّه فهو مسؤول وإلى هذا جنح الفقهاء، إذ قالوا:

«إن الطبيب يعتبر مسؤولاً، إذا تجاوز الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة كأن سقى عليلاً دواءً غير مناسب للداء، معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ في اعتقاده» اهـ[1].

الغلط العلمي:

هل يدخل الغلط العلمي في شمول الخطأ وبالتالي يسأل عنه الطبيب؟.

الأصل المقرر أنه لا حجر في الإسلام على حرية البحث العلمي، بل هو مندوب سواء أكان مجرداً، للكشف عن سنن الله في خلقه، أم تطبيقاً يهدف إلى حل مشكلة بعينها، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يجوز أن يهدر البحث العلمي حياة الإنسان، أذلها حرمتها، كما لا يجوز إهدارها إلا في المواطن التي حددتها الشريعة الإسلامية، وهذه خارج نطاق المهنة الطبية تماماً، وعلى هذا لا يجوز أن تشتمل حرية البحث العلمي على قهر الإنسان أو قتله، أو الإضرار به أو تعريضه لضرر محتمل، إن الغلط العلمي إذ يمكن أن يقع فيه الأطباء لأن النظريات الطبية لا تزال مثار خلاف بين العلماء والأطباء، وإذا كان كذلك فهل يمكن اعتبار الغلط العلمي يدخل في شمول الخطأ، لا شك أن اختلاف الرؤية بين الأطباء في أعراض مرضية متشابهة تدعو إلى استقصاء الحقيقة على أكثر الأطباء خبرة واطلاعاً، لهذا فلا يعتبر الطبيب مخطئاً، إذا هو رجح رأياً على آخر فاتبعه، فأخطأ النظرة العلمية، وبالتالي أخطأ التشخيص مثلاً. وفي هذه هذه الحالة فإن خطأه مع اتباعه للأصول الفنية والعلمية، يعتبر غلطاً علمياً، وبالتالي فلا مسؤولية عليه، متى كان الغلط الذي وقع فيه، أمراً ممكناً، بالنظر لتشابه الأعراض، وبما وصلت إليه الأصول العلمية.

---

(1) متن الأمير ــ وحاشية حجازي العدوي ج 2 ص 406.

هذا وإذا كان الغلط العلمي في التشخيص مثلاً، لا يوجب بذاته مساءلة الطبيب، ليس معنى هذا أن غلط الطبيب عموماً بالغاً ما بلغ مغتفر له، لأن قولاً كهذا يتنافى مع ما ذكرناه سابقاً في صدد معيار الخطأ، إذ يجب التمييز بين الرأي العلمي والخطأ، فإذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض خطأ يدل على جهل واضح بالفن الطبي تقتضي مساءلته إذ يجب وضع حد فاصل بين الرأي العلمي والجهل، كما يجب أن يسأل الطبيب حتماً، وفي حالات الجهل وما شابهها.

ضبط معيار خطأ الطبيب:

علمنا فيما تقدم مفهوم الخطأ الطبي، وبينا أن الطبيب يكون بمنأى عن الخطأ، إذا هو قام بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته، أما إذا كان سلوك الشخص غير مشروع، فيكون مسؤولاً عن أعماله متى صدرت منه وهو مميز، هذه هي القاعدة العامة في المسؤولية، وبهذا نجد أن الخطأ عامة يتكون من عنصرين:

أحدهما: موضوعي، وهو الإخلال بواجب سابق مفروض عليه.

ثانيهما: شخصي، وهو توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الواجب، ولا شك أن هذين العنصرين يعطيان الأهمية لمسلك الشخص اليقظ، وفي هذا نستطيع أن نحدد معيار الخطأ الطبي، بحيث نضبطه بمقاييس سليمة تحدد مسلك الطبيب اليقظ. فإذا خالف الطبيب واجباته مثلاً في معالجة المريض وأخطأ في مسلكه خطأ لا يقع فيه طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به، هذا يعني أن الطبيب في سلوكه مع مريضته بالعلاج يجب أن يراعي العناية الواجب مراعاتها في القيام بالتزاماته، وهذا يعني اتخاذ يقظة الرجل الحريص، ولكن السؤال الذي يمكن أن يطرح نفسه، هو هل يمكن اتخاذ يقظة الرجل الحريص معياراً؟ لا شك أن الأمر يختلف بين الرجل العادي، والرجل الغني أو العلمي كالطبيب مثلاً. فلئن كان في إغفال احتياطات الرجل العادي ما

يغتفر، بيد أنه في الطبيب إذا لم يتخذها يعتبر إهمالاً لواجباته، وخطأ يوجب مساءلته، إذ الطبيب يلزم في كل ما يتعلق بمهنته بعناية خاصة شأنه، شأن سائر الرجال الفنيين، ولا غرابة في ذلك إذ طبيعي أن ينتظر من الطبيب أكثر مما ينتظر من الشخص العادي، لأن عليه أن يراعي واجباته التي تفرضها عليه مهنته، والتي من أجلها يضع المريض حياته بين يديه، لهذا وجب أن نطرح السؤال التالي:

هل الخطأ الطبي يتميز عن الخطأ العادي بميزات خاصة؟ وهل يخضع لتقرير خاص، وهل يتطلب درجة خاصة من الجسامة؟.

وهل هناك نموذج خاص للطبيب اليقظ الذي يجب أن نتخذه معياراً لمدى العناية التي يجب أن يلتزم بها الطبيب؟ وهل معيار الطبيب اليقظ هو معيار مجرد، أم أنه معيار شخصي؟.

لا شك أنه لتقدير مسلك أي إنسان أو لتحديد مستوى العناية التي يبذلها أي إنسان طريقان وهما:

1 ـ إن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادي، فإذا اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى العمل الضار المنسوب إليه، ولم يفعله عدّ في هذه الحالة مقصراً وفي غير هذا لا يعتبر مخطئاً، وهذا هو التقدير الواقعي أو التقدير الشخصي.

هذا كما يدخل في تعيين المسلك العادي، ظروف كثيرة منها ما يتصل بالشخص ومنها ما يتصل بالظروف المحيطة به، كظرف الزمان، والمكان، والسنّ، والعلم، والبيئة، والعرف، والعادات، وبالتالي فينبغي عند تقصي الواجب في سلوك معين من معالجة أو جراحة، بالنظر إلى مسلك الشخص العادي، أن ينظر إليه محوطاً بمثل هذه الظروف لأن مسلك الشخص العادي، يختلف من ظرف إلى آخر مثال ذلك.

طبيب تسبب بجهله موت أحد مرضاه، ضميره لا يؤنبه، إذ هو يعتقد في نفسه الكفاية المباشرة بالمهنة، وقد أجرى كل ما يمكن لإنقاذ

المريض، ولكن لسوء الحظ كانت وسائله محدودة، فإن نحن طبقنا المعيار الشخصي في الحكم على مسؤوليته، لوجب إعفاءه من المسؤولية، حتى إذا ثبت أن أي طبيب آخر كان بإمكانه إنقاذه.

ولا شك أن أنصار نظرية التقدير الشخصي يشعرون بأن هذه النتيجة غير مقبولة، ولهذا يقولون بأن ضمير الطبيب يؤنبه بمزاولته مهنة غير أهل لها، ولكن هذا القول لا يعدو أن يكون افتراضاً لا يطابق الواقع حيث يشعر الطبيب دائماً بأنه أهل لمباشرته مهنته، ولكن بهذا الاعتقاد يكون الطبيب مسؤولاً، لأن اعتقاده غير مبني دائماً على أساس متين بل يعتبر مهملاً، لأن اعتقاده هذا يكون فاسداً، عندما لا يكون يعبأ بسلامة المريض، فضلاً عن أنه كان عليه أن يحتم ثقة أقل بنفسه، وشعوراً أدق بحدود طاقته، لهذا فلا يمكننا أن نعتمد ضمير الطبيب ونقدر سلوكه بمقارنته بسلوك طبيب آخر ذي ضمير حي، إذ بهذا يكون المعيار اعتماد طريقة التقدير المجرد، وهو ما اتجه إليه أغلبية الفقهاء، في تقدير مستوى العناية التي يجب أن يبذلها الطبيب، وهذا التقدير يكون طبقاً لقاعدة التقدير المجرد[1]. وإذا كان الأمر كذلك فما هو بالتحديد مفهوم مسلك الشخص المجرد؟ وهل هذا الافتراض محقق الوجود؟ وهل في الواقع يمكن أن يتحقق مسلك الشخص المجرد دون أن تحيط بالطبيب ظروف شخصية وظروف خارجية؟.

إن المسلك الشخص المجرد، هو متجدد بتعريف الشخص المجرد، والشخص المجرد هو مثال الرجل الحريص اليقظ، الذي يفترض أن لا عيب في أعماله وتصرفاته، وهذا هو التقدير المجرد لمسلكه.

ولكن هل هذا يمكن تحقيقه؟ ذلك أن الطبيب اليقظ الذي يفترض في تصرفاته التقدير المجرد، هو في الحقيقة كائن مفترض غير محقق الوجود، فلكي تتحقق المقارنة على الوجه الصحيح، يجب أن نخرج من عالم التجريد إلى عالم الحقيقة، فنضع هذا النموذج الذي تخيرناه في نفس

---

(1) بهجت بدوي أصول الالتزامات.

الحالات الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. لكن هذا لا يعني أننا نحدد مسلك الطبيب المسؤول بنفس الظروف التي تحيط بضمير طبيب مثله، فنقارن في سلوك هذين الطبيبين إذ لو فعلنا، نكون بذلك قد أخذنا بالمعيار الشخصي الذي سبق أن بيّنا عدم دقته، والذي أهمله الفقهاء، ولم يأخذوا به ومع ذلك لجأ بعض الفقهاء إلى الأخذ بمعيار التقدير الواقعي مقروناً باتباع المعيار الشخصي لكن هذا المعيار يبعد مساءلة الطبيب الذي اعتاد التقصير تبعاً للمعيار الشخصي. وبهذا لا تطال المسؤولية هذا الصنف من الأطباء.

وهكذا خلص الفقهاء من خلال هذه المعايير وما فيها من عيوب إلى طرحها، وتقدير الخطأ الطبي تبعاً لقاعدة التقدير المجرد دون إطلاق هذه القاعدة، إذ في إطلاقها ظلم للأطباء، لأنه افتراض غير موجود في عالم الحقيقة والواقع، لذلك رأوا مراعاة الظروف المحيطة بمسلك الطبيب، وهي ما تسمى بالظروف الخارجية، ولا شك أن هذه مستقلة تماماً عن شخصية الطبيب، إذ الظروف الشخصية تكون لاصقة بشخص الطبيب ومتعلقة بخصائصه الطبية والأدبية، وما عدا ذلك، يدخل في شمول الظروف الخارجية، وعلى هذا تبين الحد بين الظروف الداخلية الواجب إهدارها والظروف الخارجية الواجب مراعاتها، ويحسن بنا لتوضيح هذا المعيار، أن نعرض بعض الأمثلة وهي: خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة، وما يتعلق بالزمان والمكان، كالبعد عن المستشفيات، أو عدم توفر أدوات العلاج في مكان العلاج، أو عدم توفر معونة زملاء من الأطباء أو الممرضات، كل هذه الأشياء تعتبر ظروفاً خارجية، فإذا اقترن الخطأ الطبيب بمثلها، فيجب عندئذٍ مراعاة تقدير الخطأ في ضوئها، إذ هذه الظروف تبيح للطبيب أعمالاً، فيما لو صدرت عنه في غيرها لاعتبرت خطأ كبيراً يوجب مساءلته.

هذا بالنسبة للظروف الخارجية أما بالنسبة للظروف الداخلية الوثيقة الصلة بشخص الطبيب، كالتخصص الفني، والمركز العلمي، والخبرة في

ممارسة مهنة الطب، كل هذه الأشياء تعتبر من الظروف الداخلية، هذه الصفات الشخصية إذن يجب أخذها بعين الاعتبار عند وقوع الخطأ، فمثلاً الطبيب الحديث التخرج، يكون حديث العهد في الخبرة، فلا يجوز أن يقارن خطأه بخطأ أستاذ قديم متخصص في الفرع الذي نسب فيه إليه الخطأ، كما أنه لا يجوز إهدار هذه الصفات عند المقارنة بين طبيب وطبيب، وإلا لما بقي شيء من عقد العلاج الطبي، لأن المريض عندما يختار طبيبه، يراعي مؤهلاته وصفاته، وهذا طبيعي، لأن عقد العلاج، هو عقد تراعى فيه شخصية المتعاقدين، لهذا فلا يمكن أن تهدر تلك الشخصية عندما نقارن مسلك صاحبها بالمسلك الواجب لتقدير أعماله. وهكذا نجد أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الصفات الشخصية، التي لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب ومركزه في تلك المهنة، إلى جانب الظروف الخارجية المحيطة، بمعنى أن نراعي المستوى المهني للطبيب، هذا العنصر إذا أضيف إلى عناصر قاعدة التقدير المجرد، نستطيع أن نصل إلى المعيار الصحيح، بمعنى أننا عند تمحيص الخطأ نراعي الظروف الخارجية والمستوى المهني للمسؤول، فيقارن الطبيب الريفي بطبيب ريفي مثله، والطبيب المتخصص في المدينة، بطبيب مدينة متخصص مثله، وعلى هذا، إذا لجأ مريض إلى طبيب مسنّ في الريف، مفروض فيه أنه يعلم أن الطبيب المذكور بعيد عن التطورات العلمية الحديثة، وبالتالي فلا يمكنه أن يلزمه على عدم استعمال الوسائل العتيقة التي يستعملها، وبهذا المعيار أيضاً نجد أن الطبيب الذي يعمل في مدينة كبيرة أو في مستشفى ضخم لا يغفر له جهله بالتطورات العلمية، وكذلك الأطباء الأخصائيين لا يغفر لهم خطأهم، إذ يتطلب منهم عناية دقيقة، أكثر مما يتطلب من الأطباء العاديين، لأن مقارنة سلوك أخصّائي يجب أن يقارن بسلوك طبيب أخصّائي مثله.

وخلاصة القول إن معيار الخطأ الذي يمكن اعتماده عند بحثه أن ينظر إلى سلوك الطبيب المرتكب للخطأ ويقاس على ما يفعله طبيب يقظ وجد في الزمان والمكان الذي تم فيهما العلاج. ويراعى في ذلك الأصول العلمية، وحالة المريض، والمستوى المهنى.

وهكذا نجد أن معيار تقدير الخطأ الذي وصلنا إليه يحتفظ بالمرونة اللازمة، لكي يلاءم لملابسات الحالة ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي[1].

تدرج خطأ الطبيب وجسامته في العصر الحاضر

هل الطبيب يسأل في الخطأ عامة؟ أم أنه يشترط لمساءلته درجةً معينة من الخطأ؟ أي درجة معينة من الجسامة!! ثم ما هو المقصود بجسامة الخطأ؟ وكيف تقاس هذه الجسامة؟ هل تقاس بأهمية الضرر، علماً أن أي ضرر ما، قد ينشأ عمداً، كما قد ينشأ عن الإهمال اليسير.

ميز بعض الفقهاء بين نوعين من الخطأ، وهما الخطأ العادي، والخطأ المهني فقالوا: إن الخطأ العادي هو الخطأ الذي يقع فيه كل إنسان، إذا هو فاته أن يؤدي واجب المرض المفروض على الكافة، وفي هذا النوع يتساوى الناس في المساءلة عنه سواء كانوا فنيين أم غير فنيين، بمعنى أن الطبيب إذا وقع فيه يسأل شأن غيره من الناس، ففي هذا النوع يسأل الطبيب عن جميع درجات الخطأ وصوره.

أما الخطأ المهني، فهو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب كلما خالف القواعد الفنية التي توجبها عليها مهنته. وفي هذا النوع لا يسأل الطبيب إلا عن خطئه الجسيم، وواقع الأمر أن المسألة تدق عند تمحيص خطأ الطبيب بحيث لا يمكن فصله عن عمله الفني، وبالتالي يصعب وصفه بالخطأ العادي، لا سيما وأن الخطأ مفهومه عام، ولا يمكن التفريق بين درجات الخطأ سواء بين الفنيين أو غير الفنيين.

ولهذا نرى في نظرنا أن الطبيب، يجب أن يسأل عن كل خطأ يثبت في حقه، بصرف النظر ما إذا كان الخطأ جسيماً أو يسيراً، لا سيما إذا كانت الأخطاء قد اخترقت القواعد الأساسية المسلم بها في الفن الطبي،

---

(1) راجع مؤلفنا المسؤولية المدنية للطبيب ص 259 وما بعدها.

كما لو خالف الطبيب ما اتفق عليه الرأي في بعض المسائل في تشخيص الأمراض وعلاجها، ففي هذه الحالة يكون الطبيب مسؤولاً بغض النظر عن جسامة الخطأ[1] على خلاف ما إذا كان الخطأ المدعى الوقوع به، نجم عن مبدأ لا يزال محل نزاع بين الأطباء، فلا مسؤولية على الطبيب في هذه الحالة، لأن خطأ الطبيب ناجم عن تقصير العلوم الطبية، فالخطأ هنا خطأ المهنة نفسها لا خطأ الطبيب، بمعنى أن المخالفة الواضحة للمبادىء الطبية، هي وحدها التي يمكن أن تحرك المسؤولية تجاه الطبيب، فالمسؤولية إذن لا تترتب إلاّ على خطأ ثابت محقق، لذلك لا نستطيع أن نحاسب الأطباء إلاّ على الخروج عن الأصول العلمية الثابتة، فلا تصح والحالة هذه مساءلة الطبيب عن تصرف أسند إليه، إذا اختلفت الآراء الطبية الفنية فيه، بمعنى أقره بعض الأطباء وأنكره البعض الآخر، مثال ذلك إذا اشتركت مثلاً الأعراض الظاهرة على المريض في عدة أمراض، وأمكن أن تختلف وجهات النظر الفنية في مصدر هذه الأعراض، فلا مسؤولية على الطبيب إذا أخطأ في تشخيص المريض.

أما إذا كانت الوقائع التي يؤاخذ عليها الطبيب تخرج عن دائرة المسائل التي لا زالت بطبيعتها محلاً للشك، وميداناً للجدل العلمي، وكانت مقرونة بإهمال أو عدم اكتراث وجهل بالأصول التي يجب حتماً الإلمام بها، فلا جدال في ذلك بأن المسؤولية تتحقق حتماً دون النظر إلى درجة جسامة هذا الخطأ إذ الخطأ من حيث جسامته لا نجد له معياراً دقيقاً، إنما ظلت فكرته غامضة من هذه الناحية، كما أن الفقهاء قد اختلفوا في مدلول جسامته، فبعضهم قال بأن الخطأ لا تقاس درجته بأهمية الضرر، إذ أن أضخم الأضرار قد تنشأ عمداً، كما تنشأ بإهمال يسير أو جسيم لذلك فإن المهم إذن هو مجرد وقوع الخطأ الطبي وهو الداعي إلى المساءلة. هذا والبعض الآخر، قال إن الخطأ الجسيم هو كل فعل يرى طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول وفي مستواه

---

(1) جندي عبد الملك... الموسوعة ج 5 ص 662.

المهني، إن حدوثه يحتمل جداً أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب، وطبعاً كلما قل هذا الاحتمال، كلما قلت جسامة الخطأ، فإذا بقيت أقل درجة من احتمال حصول الضرر، بقيت مقابلها درجة مناسبة من الخطأ[1].

على أن عبارة الخطأ الجسيم لا تعبر عن فكرة واضحة عنه وهو ما يفسر اختلاف وجهات النظر في تدرج الخطأ، وواقع الأمر: أن الضرورات العملية هي التي أوجدت فكرة الخطأ الجسيم إلى جانب الخطأ اليسير، والخطأ الجسيم في الحقيقة هو درجة من الخطأ يقتضي تسميته بالخطأ الواضح، من هذا المنطلق من الصعب الوصول إلى رأي صحيح حول تعريف الخطأ الجسيم، ذلك أن فكرة الخطأ الجسيم على ما يظهر هي ليست بفكرة قائمة بذاتها، إنما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي العدالة الحقة، وهذه العدالة تتحقق بنوع خاص عند تقدير المسؤولية بحسب جسامة الخطأ، لهذا فلا يمكن تعريف الخطأ الجسيم تعريفاً واضحاً بل هو حقيقة، يمكن إدراكها وتأكيدها، لهذا فإن جميع الجهود التي بذلت في سبيل تحقيق تعريف الخطأ الجسيم لم تصل إلى رأي صحيح يحدد لنا الغاية المرجوة[2] لهذا فنحن مع القائلين باستبعاد فكرة الخطأ الجسيم. إذ أن فكرة تدرج الخطأ هي فكرة أخلاقية بحتة. أكثر من أنها فكرة قانونية، لأن الخطأ من حيث القانون لا تختلف درجاته، إنما يختلف مقدار التعويض، طبقاً لمدى الالتزام الذي يقع على المدين، فالإخلال بتنفيذ الالتزام يوجب التعويض، والمساءلة مهما كان الخطأ يسيراً، سواء أكان الالتزام بتحقيق غاية أو ببذل عناية، ففي الحالتين يعتبر المدين مخطئاً إذا لم ينفذ التزامه طبقاً للالتزام، ولا نجد هنا ما يجيز قبول فكرة تدرج الخطأ، الأمر الذي ترفضه طبيعة الالتزام.

---

(1) وديع فرج مسؤولية الطبيب مجلة القانون والاقتصاد. س 12 ص 400 و401.

(2) راجع مؤلفنا ـ المسؤولية المدنية للطبيب ص 270 وما بعدها.

هذا ولطالما أن فكرة نظرية تدرج الخطأ غير مقبولة مرفوضة بذاتها، وإن فكرة الخطأ الجسيم أيضاً غير مقبولة، فليس من المنطق أن نجعل هذه الفكرة أساس المسؤولية الطبية، وبالتالي فالخلاصة التي نصل إليها، أن المسؤولية الطبية لا تختلف من ناحية درجة الخطأ أو جسامته عن المسؤولية العادية، إنما الخلاف يظهر من ناحية مدى التزامات الطبيب وطبيعتها، وعلى هذا نرى أن الطبيب متى أخل بأحد الالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته عدّ مسؤولاً، وليس هناك محل للبحث في جسامة الخطأ، وإذا كان إطلاق لفظ الخطأ الجسيم شائعاً فإن المقصود به أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب واضحاً، إذ مناط ذلك في مسؤولية الطبيب هو الإهمال وعدم الخبرة، وهي التي لا يختلف فيها طبيب بصرف النظر عن فكرة تدرج الخطأ، وبهذا فمسؤولية الطبيب تعتبر قائمة إذا تحقق في عمله وقوعه في إحدى الحالات التالية بغض النظر عن تدرج الخطأ.

1 ـ إذا صدر عن الطبيب من إهمال محقق واضح.

2 ـ إذا لم يتخذ الطبيب الاحتياطات التي يمليها عليه الحذر العادي.

3 ـ إذا جهل الطبيب القواعد التي يعتبرها الجميع مؤكدة، وبالتالي فالطبيب مسؤول حتى عن الخطأ التافه طالما قد تخلف عنه ضرر للمريض، لأن الأطباء لا يتمتعون باستثناء خاص، فهم كباقي البشر يسألون عن أخطائهم، هذا والاتجاه في العصر الحاضر لدى المؤسسات القانونية تقرر مسؤولية الطبيب عن جميع أخطائه، بمجرد أن يخالف الأصول العلمية بصرف النظر عن فكرة تدرج الخطأ أيضاً، وهي تستعمل لفظ الخطأ الواضح الثابت أو المؤكد عوضاً عن كلمة الخطأ الجسيم[1].

وهكذا خلصنا فيما تقدم إلى نظرة الفقهاء في العصر الحديث إلى فكرة تدرج الخطأ هذا ويحسن بنا أن نبحث نظرة الشريعة الإسلامية إلى تدرج الخطأ.

---

(1) انظر مؤلفنا في مسؤولية الطبيب المدنية ص 287 وما بعدها.

تدرج الخطأ في الفقه الإسلامي:

لم يستعمل الفقه الإسلامي نظرية تدرج الخطأ إنما نجد من خلال الصور التي عرضها الفقهاء فكرة عن الخطأ اليسير والخطأ الفاحش فقد ميزوا بين هذين الخطأين من خلال معيار المنفعة في مسألة خرق الثوب إذ فرقوا بين الخرق اليسير والخرق الفاحش، فحددوا بذلك حدّ الخطأ اليسير عندهم بما لا يفوت شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان أي هو ما تفوت به الجودة بسبب نقصان في المالية وحد الفاحش، ما يفوت بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها[1].

وإذا كان الإتلاف يطلق في أحد نوعيه عند الحنفية على الإتلاف الكلي كالاستهلاك عند المالكية، فإنه يمكن تعريفه بأنه الذي يفوت العين ومنفعتها كليهما، وذلك أخذاً بالمفهوم من تعريف الخرق الفاحش الآنف الذكر.

هذا وفي ضوء الإتلاف أو النقصان بما تفوت به الجودة أو ما يفوت بعض العين أو بعض المنفعة لا كلها، يمكن أن نحدد مراتب الإتلاف في الفقه الإسلامي بثلاث مراتب، وهي: الإتلاف اليسير، والإتلاف الجزئي والفاحش، والإتلاف الكلي ولا شك أنه في ضوء هذه المراتب يتحدد الضمان لكل مرتبة منها، أي أنه لكل نوع حكمه في التضمين والمسؤولية.

ففي الإتلاف اليسير يجب ضمان النقصان ليس إلاّ أما في الإتلاف الفاحش فيخير فيه المالك، بين طرحه على المعتدي وأخذ القيمة، وبين أخذه وتضمين المعتدي النقصان.

أما في الإتلاف الكلي فلا سبيل إلا بالتضمين الكلي للعين مثلها أو قيمتها[2] مما تقدم نلاحظ أن الفقهاء وإن لم ينصوا على تدرج الخطأ

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 189.

(2) منلا مسكين على كنز الدقائق ص 260، الزيلعي تبيين الحقائق ج 5 ص 229.

ولكنهم أخذوا بهذه الفكرة من خلال مسائل الإتلاف والإفساد على أنهم أخذوا بهذه الفكرة أيضاً في حالات العناية المطلوبة في الحفظ واعتبروا هناك مراتب لهذه العناية يختلف الضمان فيها تبعاً لكل مرتبة من مراتب العناية، بمعنى أن الخطأ في العناية تبعاً للدرجة المطلوبة تقضي الضمان تبعاً لذلك، وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن الفقهاء تدرجوا في مقدار العناية المطلوبة في الحفظ مثلاً بالنسبة إلى العقود، فمعيار العناية المطلوبة في الحفظ مثلاً بالنسبة إلى العقود، فمعيار الغاية المطلوب بوجه عام هي عناية الرجل العادي، والحفظ الواجب، هو الحفظ المعتاد. تبعاً لهذا المعيار يتحدد الخطأ أو التعدي، ومع ذلك قد تكون العناية المطلوبة أكثر من عناية الضرر المعتاد في بعض العقود، ويكفي أقل منه في بعضها، ويترتب على الإخلال بذلك التضمين.

هذا ويمكن التدرج في مقدار العناية المطلوبة في الحفظ. إلى هذه المراتب التالية، وبالتالي في ضوء شدة العناية المطلوبة، أو العناية العادية يتحدد ماهية الخطأ فقد يكون غير موجب للمسؤولية إذا لم يضمن ما هلك في يده ويحسن بنا أن نعرض هذه المراتب التالية. والتي من خلالها ندرك مدى اهتمام الفقهاء بتدرج الخطأ أو عدمه من خلال الإتلاف والهلاك بالتقصير أو الاعتداء أو عدمه.

الأولى: أنه يكتفي بمطلق الحفظ، ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الإتلاف، ولا شك أن تعمد الإتلاف نوع من التعدي، أما إذا كان الإتلاف بما هلك من عمل الأجير الواحد، فلا ضمان عليه بالإجماع إذا لم يتعمد الفساد لأنه لا يقبض المال عادة، وإنما سلم نفسه، وكذا الأجير المشترك عند أبي حنيفة أما عند الصاحبين فيقولان بتضمين الأجير المشترك، لأن تضمينه كان احتياطاً كيلا تضيع أموال الناس[1] في هذه الصورة نجد أن تعمد الإتلاف هو الموجب للضمان نتيجة الاعتداء

(1) الطرابلسي ــ معين الحكام ص 195.

الواضح، أي المسؤولية تقوم على تحقق الخطأ العمد أي تحقق الاعتداء بالتعمد ولا مسؤولية إذا حصل الهلاك بآفة سماوية أو بالتقصير.

الثانية: يكتفي بالحفظ المعتاد، هذا المعيار هو معيار الرجل العادي بما يحفظ به ماله، ففي هذه الحالة لا يضمن إلا إذا تعدى هذا المعيار فيعد مقصراً، ولا شك أن التعدي هنا لا يرتكبه الرجل المعتاد في حرصه وعنايته، كما في الحفظ المطلوب في الوديعة والعارية عند الحنفية، وكذلك الأجير المشترك لا يضمن ما هلك عنده مما استؤجر عليه، إلا أن يتعدى، وهو القياس عند أبي حنيفة، وزفر والحسن، وفي الوديعة عند جميع الفقهاء[1] في هذه الصورة لا مسؤولية عن الهلاك أو التلف قد حصل على الرغم من تحقق معيار الحفظ المعتاد عند الرجل العادي، لهذا فلا يتوجب الضمان لعدم الخطأ أو التقصير في الحفظ، فالمسؤولية هنا تقوم على تحقق الخطأ غير المعتاد والذي يحصل بتعدٍ وتقصير، ولا يحقق الضمان بالهلاك بآفة سماوية أو بقوة قاهرة.

الثالثة: لا يكتفي بالحفظ المعتاد، بل يجب الحفظ المشدد فإذا هلك الشيء المطلوب حفظه دون اتخاذ هذا المعيار ولو لأي سبب كان وجب الضمان، على أنه يجب على الحريص جداً في حفظ الشيء أن يقيم البيّنة على هلاك الشيء من غير سببه لدفع المسؤولية عنه[2]، وبذلك يقول مالك، في نحو حامل الطعام والطحان من كل ما لا غرر في عمله، وهو قول الصاحبين في تضمين الأجير المشترك، ما هلك في يده، ولو بلا تعدٍ، إلا من حريق غالب، أو لصوص مكابرين، وهو استحسان، وبه يفتي في زماننا، لتغيير أحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم، لأنه إذا علم أنه لا يضمن، ربما يدعي أنه سرق أو ضاع من يده[3] في هذه الصورة تكون المسؤولية في هذه الحالة قائمة على افتراض الخطأ. وأن مجرد

(1) ابن قدامة المقنع مع حاشيته ج 2 ص 275.

(2) ابن رشد ـ بداية المجتهد ج 2 ص 229.

(3) الزيلعي تبيين الحقائق ج 5 ص 135 وابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 61.

الهلاك يدعو إلى اعتبار أن معيار الحفظ المشدد قد أهمل إلا إذا قامت البينة على الهلاك بالقوة القاهرة. أي بدون تقصير من حافظ الشيء والمسؤولية في هذه الصورة تتحقق بمجرد حصول حتى الخطأ البسيط الذي لا يمكن دفعه إلا بسبب القوة القاهرة.

الرابعة: لا يكتفي بالحفظ المشدد، بل يجب بذل كل الجهد، حتى يضمن الشيء وإن قامت البينة على تلفه من غير تعد ولا تقصير، وهذا قول أشهب والشافعي وأحمد، وأحد قولي مالك في ضمان العارية في هذه الصورة يجب الحفظ على أقصاه كما هو المطلوب في حفظ العارية ويكون الضمان فيها ولو هلكت بآفة سماوية أو قوة قاهرة ولعل هذا المعيار الشديد جداً استدل عليه بحديث رسول الله ﷺ. بقوله: **«العارية مؤادة والدين مقضى، والمنحة مردودة، والزعيم غارم»** [1] وقوله ﷺ **«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»** [2] وكذا حديث صفوان بن أمية، أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين (وفي رواية يوم أحد) فقال أغصباً يا محمد؟ فقال: **لا، بل عارية مضمونة**، قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي ﷺ، فقال: «إن اليوم في الإسلام راغب» [3].

في ضوء ما ذكرناه نجد أن تدرج الخطأ ملاحظ في المسائل الفقهية التي عرضناها على أنها مطبقة في باب الضمان لا سيما ضمان اشترك فيه الجناة، كما أن تقويم الفقهاء المباشرة على التسبب مستنده جسامة التعدي أو بساطته، وكذا نجد أن فكرة تدرج الخطأ مطبقة في المسؤولية الجنائية والمسؤولية التقصيرية. والأمثلة على ذلك كثيرة عند الفقهاء ونعرض منها ما يلي.

نص الأحناف على أنه لو تمالأ جمع على قتل شخص، فإنهم يقتلون إذا وجد من كل جرح يصلح لزهوق الروح، فأما إذا كانوا نظارة أو مغرين

---

(1) أخرجه الترمذي.

(2) رواه أبو داود والترمذي.

(3) رواه أحمد وأبو داود.

أو معينين بإمساك واحد فلا قود عليهم[1]، وكذا إذا جرح البعض جرحاً مهلكاً والبعض جرحاً غير مهلك ومات، فالقود على ذي الجرح وعلى الباقين التعزير[2].

ونص المالكية: فإن أمسكه لأجل أن يضربه ضرباً معتاداً، أولم يعلم أنه بقصد قتله، لعدم رؤيته آلة القتل معه، أو كان قتله لا يتوقف على إمساكه له، قتل المباشر وحده. وضرب الآخر، وحبس سنة، وقيل باجتهاد الحاكم، وقيل يجلد مائة جلدة[3].

وجاء في نصوص الشافعية، ولو أمسكه أو ألقاه من عالٍ أو حفر بئراً فقتله، أو رماه آخر، فالقود على الآخر فقط، وقد عللوا ذلك بأن المباشرة مقدمة على التسبب.

إباحة التطبيب ورفع المسؤولية في الشريعة الإسلامية للأطباء، والملحقين بهم

الطب علم قائم بذاته وجب تعلمه وهو تبعاً لضرورته فرض من فروض الكفاية، إذا قام به البعض سقط عن الآخرين، ذلك لأنه علم لا يستغنى عنه ولا يمكن لجماعة أن تستمر في الحياة بدونه أو هو يتعلق بجسم الإنسان ووجوده سليماً، أو معلولاً لهذا كان لا مفر من أدائه وتعلمه والتضلع فيه إذ في دراسته كشف عن آيات الله في خلقه قال تعالى: ﴿ وَفِىٓ أَنفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[4] هذا واحترافها إذ هو واجب شرعي يكون لهباً فرض عين في البلدان والأماكن التي لا يوجد فيها طبيب هذا وإذا كانت المهنة الطبية في هذا المقام فريدة عن سائر المهن، فيقتضي في ممارستها أن يترفع الطب عن أي اعتبارات وأعراف درج الناس عليها، فليس لهذه

(1) ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 549.
(2) ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 549.
(3) الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 245.
(4) سورة الذاريات، الآية: 22.

المهنة أن نقيم أي اعتبارات للعداوة والخصومة أوالعقوبة أو تنساق وراءها لدوافع شخصية أو سياسية أو حربية إذ لا يجوز للمهنة الطبية أن تطوع لتكون في خدمة الأذى والتدمير لإلحاق الضرر بالإنسان، فهي إذن إنسانية بالمعنى المطلق لمفهوم الإنسانية، وبهذا يكون عمل الطبيب في اتجاه واحد وهو تقديم العلاج والشفاء للصديق والعدو على النطاق الشخصي وفي النطاق العام، لهذا تحرصُ الأمم وقادتها على أن تبقى الطبابة في مكانها السامي مبقية على منهاجها وهدفها بمعزل عما دونها من شؤون الحياة وشجونها، لهذا يتوجب على الدولة أن تهيىء للأمة حاجتها من الأطباء في شتى المجالات المطلوبة، وهذا في الإسلام واجب الحاكم، وحق للشعب، في ضوء هذه المهمة الضرورية الواجبة يرى البعض عدم مسؤولية الطبيب في أداء واجبه، ولو أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض، لأنه عندما يؤدي واجب التطبيب فهو أشبه بصاحب الحق، منه يؤدي الواجب، لما له من سلطان واسع، وحرية كاملة في اختيار الطريقة التي يمارسها، ويؤدي فيها عمله، والنتيجة التي يقررها هؤلاء.

«إن قيام الطبيب بأداء واجب التطبيب لا يكون مسؤولاً عما يؤديه إليه عمله من نتائج القيام بهذا الواجب المذكور».

ويبدو أن هذا الإطلاق فيه نظر، لهذا نجد أنه قام خلاف بين الفقهاء مداره اتجه نحو التعليل في رفع المسؤولية فما هو هذا التعليل إذن.

تعليل رفع المسؤولية:

يرى الإمام أبو حنيفة أن المسؤولية ترفع لأمرين.

الأمر الأول: الضرورة الاجتماعية.

هذه الضرورة الماسة، هي القوة الدافعة إلى عمل الطبيب وتشجيعه، وإباحة أعماله، وعدم التقيد والتشديد في شأنه، بل وإباحة العمل له، ورفع المسؤولية عنه، كي لا يحجم عن القيام بالواجب لأن في إحجامه ضرر عظيم بالمجتمع،

الأمر الثاني: إذن المريض أو وليه.

المراد بالإذن: هو القبول من المريض بإجراء المعالجة له، فكأنما رضاء برفع المسؤولية، فاجتماع الضرورة الاجتماعية إلى جانب إذن المريض أو وليه، أدى إلى رفع المسؤولية[1].

أما الإمام الشافعي، فيرى:

«أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب:

أولاً: أنه يأتي بإذن المجني عليه (المريض).

ثانياً: أنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به».

فاجتماع هذان الشرطان، هما مرد رفع المسؤولية عن الطبيب، وكان بالتالي ما يقوم به الطبيب، عملاً مباحاً لا تترتب عليه المسؤولية، وعلى هذا فالمسؤولية برأي الإمام الشافعي، منتفية إذا اجتمع هذان الشرطان، ويبدو هذان الشرطان وحدهما لا يكفيان، بل يجب أن يكون إلى جانب ذلك، سلوك الطبيب في طريقة علاجه، بأن تكون مؤتلفة مع القواعد والأصول الفنية بعلم الطب، على ما مر معنا من معايير في المسؤولية.

فالإمام الشافعي إذن يشترط إلى جانب ما ذكر «أن يكون فعله موافقاً لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب»[2].

أما رأي الإمام أحمد بن حنبل فهو متفق مع رأي الشافعي بهذا الخصوص. أما الإمام مالك، فيرى إن سبب رفع المسؤولية أمران:

الأمر الأول: إذن الحاكم.

الأمر الثاني: إذن المريض.

أما إذن الحاكم، فهو مصدر إباحة وإجازة العمل للطبيب، فالحاكم

---

(1) الكاساني ــ بدائع الصنائع ج 7 ص 305.

(2) ابن قدامة المغني ج 10 ص 349.

هو الذي يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وهو ما يقابله في عصرنا إجازة الدولة وإذن وزارة الصحة.

أما إذن المريض: فهو العامل المباشر الذي يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، سواء من ناحية العلاج الدوائي، أو من ناحية العلاج الجراحي، ويبدو أنه بهذا الإذن يمارس الطبيب عمله مختاراً بالطريقة التي يراها ناجحة.

فإذا اجتمع الشرطان، وهما: إذن المريض، وإذن الحاكم، فلا مسؤولية على الطبيب، ما لم يخالف أصول الفن، أو يخطىء في فعله[1] فعلى ضوء ما مرّ نجد أن الطبيب تنتفي مسؤوليته عند تحقق الأسباب الآتية.

1 ـ إضفاء صفة الوجوب:

الطبيب إذ يقوم بعمله إنما يقوم بواجب ملقى عليه، وله حرية كاملة في اختيار هذا العمل، واختيار الطريقة التي يرى فيها صلاحها للمريض، فإعطاء الطبيب للمريض دواء أحدث له تسمماً أدى لموته، أو أجرى له عملية جراحية مات فيها المريض فلا مسؤولية عليه، لأنه يقصد صلاح المفعول، ولا يقصد الإضرار. ولا شك أن في هذا المثال لا تتحقق المسؤولية إذا الطبيب لم يخالف أصول الفن أو يخطىء في فعله.

2 ـ حسن النية:

الطبيب إذ يؤدي عمله، إنما يؤد به بحسن النية، هذا هو المفروض، والمتطلب منه، فهو بعمله إنما يقصد نفع المريض، لا ضرره، أما إذا كان سيء النية، أو قصد قتل المريض، فهو في عمله مسؤول عن فعله جنائياً ومدنياً، حتى ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة، أو إلى أحداث عاهة، ويعتبر مسؤولاً أيضاً، ولو أدى فعله إلى شفاء، أو إصلاح المريض، لأن فعله في هذه الحالة يقع محرماً ويعاقب عليه.

---

(1) الخطاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج 6 ص 321.

3 ـ إذن المريض:

يعتبر إذن المريض موافقة، وسماحاً للطبيب أن يأتي الفعل، والعبرة بإذن المريض، لا شخصه بالذات، بل قد يأذن وليّه، أو وصيّه أو الحاكم، عند عدم وجود الوصي، أو الولي، باعتبار أن الحاكم وليّ من لا وليّ له، وهذا الإذن الذي يصدر عن الحاكم في معالجة المريض يختلف عن إذنه في السماح للطبيب بمزاولة مهنته بصفة عامة.

4 ـ إذن ولي الأمر:

المراد بإذن ولي لأمر، هو السماح للطبيب بمباشرة عمله بصفة عامة، كإذن وزارة الصحة في إجازة الطبيب بالعمل، ذلك أن الشريعة الإسلامية تشترط في الطبيب أن يكون على درجة معينة من الفهم العلمي، وأن يكون على جانب من الكفاءات تؤهله لأن يباشر التطبيب، ومرد معيار هذه الكفاءات إلى ولي الأمر، فإذن الحاكم في التطبيب إذن: شرط لانتفاء المسؤولية عن الطبيب في مزاولته لعمله، وهذا مشتق من قول رسول الله ﷺ:

«من تطبب وهو غير طبيب كان مسؤولاً عن عمله، ومن تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن».

فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطىء على رأي، ومتعمد على رأي آخر، والرأي الأول هو الراجح[1].

رفع المسؤولية عن الملحقين بالأطباء:

يلحق بالأطباء كل من يقوم بأعمال طبية على الحيوان والإنسان كالبيطار، والحجّام، والخاتن، والممسّدُ، والمجبّر، وحكم هؤلاء جميعاً في المسؤولية كحكم الأطباء، وكذا من هم في حكمهم، أي الذين يقومون

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج 8 ص 118، الرملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج-8 ص 32.

بالإعمال الفنية المعتمدة على أصول الفن والعلم، إذ يشترط في جميع هؤلاء علمهم ومعرفتهم ومراعاة الأصول والفن وحسن النية، وإذن المريض، وإذن الحاكم أو ولي الأمر، ففي الخاتن مثلاً يجب أن يكون مأذوناً وأن يأتي عمله بحسن نية، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه، كالولي والوصي، أما الأطباء فلا يكونون مسؤولين في الشريعة الإسلامية إذا توفرت الشروط التي تمنع مساءلتهم وكذا من هم في حكمهم وهي:

1 ـ أن يكون الفاعل طبيباً مجازاً من الحاكم.

2 ـ أن يقوم بالعمل بقصد الصلاح، ولا بقصد الإضرار، أي أن يقصد العلاج بحسن نية.

3 ـ أن يعمل طبقاً للأصول الفنية في الطب.

4 ـ أن يأذن له المريض، أو من يقوم مقامه، كالولي أو الوصي.

فإذا توفرت هذه الشروط، فإن الطبيب يعفى من المسؤولية ولو ألحق الضرر بالمريض، لطالما أنه لم يكن قاصداً إلا الإصلاح والنفع له، أما إذا انعدم شرط من هذه الشروط، عدّ الفاعل مسؤولاً عن عمله، ووجب عليه التعويض.

وتطبيقاً لما ذكرناه نعرض بعض الفتاوى الفقهية في الشريعة الإسلامية.

في ضمان الفصّاد:

قال ظهير الدين في فتاويه: ليس على الفصاد، والبزاغ، والحجّام ضمان السراية، إذا لم يقطعوا زيادة على الضرر المعهود، المأذون فيه، فإن شُرِط على هؤلاء العمل السليم، دون الساري لا يصح الشرط، لأنه ليس في وسعهم ذلك، ولو شُرِط على الفصّاد العمل على أن لا يسري، يصح

لأنه في وسعهم، وسئل صاحب المحيط عن رجل فصد نائماً، وتركه حتى مات من سيلان الدم قال يجب عليه القصاص[1].

وسئل صاحب المحيط عن فصّاد جاء إليه غلام وقال: افصدني، ففصده فصداً معتاداً فمات به، قال: يضمن قيمة القن ويكون على عاقلة الفصّاد، لأنه أخطأ، وكذا الصبي تجب ديته، على عاقلة الفصاد، وسئل عمن فصد نائماً وتركه حتى مات بسيلانه، قال يقاد منه[2].

في ضمان الحجام والبزاغ:

إذا حجم الحجّام، أو بزغ البيطار، أو ختن الخاتن فمات لم يضمن، بخلاف الفصّاد؛ ولكن هذا إذا لم يجاوز موضع الفعل، فإن جاوز موضع الفعل فقطع الحشفة، ذكر في النوازل إنه، إن مات فعليه نصف بدل النفس، فإن برىء فكمال بدل النفس، لأنه مات بحرحين، وهو مأذون في أحدهما، وفي ديّات شرح الطحاوي فعليه القصاص، ولو قطع بعض الحشفة لا قصاص عليه، ولم يذكر ماذا يجب عليه، وفي الفتاوى الصغرى في كتاب الدّيات تجب حكّومة العدل[3].

في ضمان الكحال:

الكحال إذا صبّ الدواء في عين رجل فذهب ضوءها لا يضمن، كالختان، إلا إذا غلط، فإن قال رجل: إنه ليس بأهل، وهذا من خرق فعله؛ وقال رجلان هو أهل، لا يضمن، فإن كان في جانب الكحال واحد وفي الجانب الآخر اثنان ضمن. وفي مسألة أخرى. حجّام قال لآخر إن في عينيك لحماً إن لم تزله عميت، فقال: أنا أزيله عنك فقطع الحجّام

---

(1) إبراهيم محمد الشحنة ـ كتاب لسان الحكام ص 86.

(2) علاء الدين الطرابلسي ـ معين الحكام ص 237.

(3) المرجع السابق ص 237.

لحماً من عينه، وهو ليس بحاذق في هذه الصنعة، فعميت عين الرجل، يلزمه نصف الدية.

وفي جنايات مجموع النوازل لو قال الرجل لكحال داو بشرط أن لا يذهب البصر، فذهب، لا يضمن.

وكذا وفي إجارات الأصل، لو أمر حجاماً أن يقلع سنه فقلع، ثم اختلفا، فقال: أمرتك أن تقلع غير هذا السّن، وقال الحجام: أمرتني بقلع هذا، فالقول قول الآمر، وزاد القاضي الشهيد في شرحه أن على الآمر، اليمين، إذا ادعى القالع الإذن فيما قلع، وأنكر الإذن في ذلك[1].

في أنواع التعدي (الخطأ):

تقدم معنا مفهوم التعدي في الفقه الإسلامي، وهو المقصود بالخطأ في الفقه العربي وإذا كان القانون قد ميز بين أنواع الخطأ وقسموه إلى خطأ العمد وخطأ الإهمال، وهذا ليس بمدلول مضبوط، بينما الفقه الإسلامي استعمل العمد بمعنى القصد، والخطأ بمعنى عدم القصد، وهذا الاستعمال أدى إلى التعبير بتقسيم التعدي عندهم إلى قسمين: التعدي بالعمد، والتعدي بالخطأ والإهمال وهو مقبول لعدم وجود تنافر بين المفهومين، وهذه التسمية تظهر أهميتها في الفقه الإسلامي في العقوبات والإدراك: نذكر منها ما يلي:

1 ـ القصاص أو القود:

هذه العقوبة لا تجب إلا في حال القتل العمد، إذ هو عدوان إذ يتعمد فيه قتل النفس بما يقطع بحدهِ، أو ما يقتل غالباً.

في حين أنه في القتل الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة، وهذا القتل يكون بسبب الخطأ من غير قصد[2].

(1) انظر المنية وإليه أشار في شرح التجريد، وعلل بأن الإذن يستفاد من جهته.

(2) الماوردي الأحكام السلطانية ص 222.

2 ـ العمد والخطأ من ناحية الإدراك والتمييز:

فالعمد لا يتصور عند الصغير لعدم بلوغه وإدراكه بينما يتصور الخطأ منه لهذا يسمى عند الفقهاء العمد إذا صدر عن الصبي بأنه خطأ إذ قالوا بأن عمد الصبي خطأ، بمعنى أن حكمه كحكم الخطأ ومرد ذلك أن العمد أو القصد يعتمد على تمام الفعل، ويكون ذلك بالبلوغ والإدراك وهذا يكون بتصور فكرة الإجرام، وإذ بهذا التصور يدرك المرء أنه يخرج عن النظام العام وهذا مفقود عند الصغير.

3 ـ القصد والخطأ في الأموال:

إذا كان قد ظهر التمييز بين القصد والخطأ في القضايا المتعلقة بالنفوس فإن هذا التفريق لا يظهر فيما يتعلق بالأموال من حيث الضمان أي سيان عند الفقهاء، سواء أتلف الشخص متاع غيره عمداً، أم زلق عليه فكسره خطأ والضمان واحد في الحالتين، ومع ذلك قد يلجأ القاضي إلى التغرير مع الضمان تأديباً للعامد والغاصب.

هذا ويجتمع في الغصب حق الله، وحق العبد (المغصوب منه) فيجب على الغاصب لحق الله تعالى التأديب والسجن. ليتناهى الناس عن حرمات الله، كما لا يسقط ذلك عند عفو المغصوب منه[1]، وقال ابن الحاجب ويؤخذ بحق المغصوب. من مال الصبي المميز ويؤدب.

4 ـ القصد والخطأ وأثرهما في التأثيم:

التأثيم إنما يكون مع القصد، ولا يكون مع الخطأ، وإن وجب الضمان والمسؤولية فيها، وفي النصوص، الغصب على ضربين:

أحدهما: ما يتعلق به المأثم، وهو ما وقع على العلم.

الثاني: لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع على الجهل، كمن أتلف مال غيره، وهو يظن أنه له، والضمان يتعلق بهما جميعاً، لأن أسباب

(1) الحطاب مواهب الجليل على شرح مختصر خليل ــ ج 5 ص 275.

الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم، وأما المأثم فلا يحمل إلا مع القصد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان**». معناه رفع مأثم الخطأ، هذا وقد مر معنا أن الجهل ليس بعذر في حقوق العباد، لأن الأصل أن المؤاخذة عن الجهل معتبر لدفع الفساد[1]. وفي هذا الشأن يقول النووي: والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان، وإن جهل صاحب الغصب[2]. ومرد ذلك أن «وضع اليد على ملك الغير بغير إذنه موجب للضمان إذ الجهل ليس بمسقط له، بل مسقط للإثم لهذا يطالب المالك من شاء».

---

(1) ابن نجيم الأشباه والنظائر ص 157.

(2) النووي منهاج الطالبين بشرح مغني المحتاج ج 2 ص 279.

الفصل الثالث

ركن الخطأ ومعياره في القانون

يتقرر الخطأ في القانون بتوفر ركنين أساسيين وهما:

1 ـ الركن المادي: وهو التعدي.

2 ـ الركن المعنوي: وهو الإدراك.

عن الركن الأول: التعدي:

هذا الخطأ أو التعدي ينظر فيه إلى الشخص المعتدي ويحكم على فعله من خلال سلوكه فإذا كان في فعله انحراف عن السلوك الواجب الاتباع فقد توفر الخطأ في هذه الحالة وإلا فلا. وإذا كان الشخص على درجة كبيرة من اليقظة والتبصر كان أقل انحراف منه يعتبر خطأ، أما إذا كان في مستوى عادي قدر انحرافه في ضوء المستوى المألوف بين الناس. أما إذا كان دون هذا المستوى فلا يعتبر الشخص متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه كبيراً. ويبدو أن هذا المعيار الشخصي غير دقيق وإن بدا عادلاً، إلا أنه مع ذلك لا يصلح ضابطاً قانونياً يمكن الوقوف عنده في كل حالة[1] إذ أن اختلاف المعايير نتيجة اختلاف الحالات لا يحقق التوازن بين الضرر والتعويض، ذلك أن قيمة المتلف لا تختلف في جميع الحالات، تبعاً لاختلاف شخص المتلف، بينما التعويض يختلف باختلاف شخص المتلف ومستواه في الحرص والذكاء، لهذا اتجه الفقه القانوني إلى معيار أشد شخصي دقيق يقاس به التعدي في كل حالة، ولا ينظر فيه إلى ظروف

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ص 455.

الشخص المعتدي، بل إلى ظروف الشخص المجرد وهو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس. وهو الشخص الوسط[1]. على أن الظروف إذ هي قسمان ظروف خارجية كظرف الزمان والمكان وهي تنطبق على جميع الناس وتؤخذ في الاعتبار، إذ من يقود سيارة في شوارع المدينة يختلف عمن يسوقها في الطرقات العامة بين المدن. وكذا من يسوق سيارة في شوارع واسعة غير مزدحمة بالناس تختلف عمن يسوقها في منعطفات شوارع ضيقة مزدحمة بالمارة من حيث التزام الحيطة والحذر. كذلك بالنسبة للأشخاص الذين ينتمون إلى مهنة معينة أو بيئة علمية. كالطبابة والهندسة والمحاماة، أو الخياطة يعتبر انتماءهم هذا ظرفاً خارجياً في العمل المختص في نطاق المهنة أو البيئة المعنية، فطبيب العيون مثلاً يقاس سلوكه بطبيب عيون آخر يقوم بنفس العملية التي أجراها، وكذلك الصبي الذي يلعب في المدرسة مع الصبيان يقاس بالسلوك العادي لنظرائه. إذا أخطأوا وهم يلعبون، أما إذا قام أحد الصبيان بعمل عام لا تختص بيئة به كمن إذا ساق دراجة فيكون هذا ظرفاً داخلياً كالسن أو الجنس أو المرض فلا يعتد به، لأن الفاعل يقوم بعمل عام لا تختص به طبقة دون أخرى، لهذا فلا ينظر إلى هذا الظرف في معيار التعدي. فسائق السيارة صبياً كان أو امرأة أو كان رجلاً كهلاً ضعيف البصر أو منهار الأعصاب إذا صدم شخصاً فلا ينظر للظروف الداخلية هذه في معيار التعدي، لأن المفروض في سائق السيارة أن يكون مجيداً للقيادة قادراً على التحكم في أعصابه عند الاقتضاء[2].

ـ ركن التعدي في الشريعة الإسلامية:

لم تعرف الشريعة الإسلامية في التعدي (الخطأ) ركنيه، أي الركن المادي والركن المعنوي على ما ذكرناه في القانون، بل الشريعة بنظرتها الشمولية ترى أن مجرد التعدي فهو موجب للتعويض، أي بمجرد مجاوزة

(1) عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 1 ص 781.

(2) عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ص 456.

الفاعل الحد الذي يجب أن يتقيد به يعتبر مقصراً، إذ بمجرد التجاوز تتحقق المسؤولية دون التمييز بين أن يكون الفاعل عاقلاً أم مجنوناً، عامداً، كان أو خاطئاً، عالماً كان أو جاهلاً. لأن نظرة الشريعة إنما هي نظرية مادية مجرد وقوع الضرر المالي فمقتضاه جبره بصرف النظر عن شخص الفاعل، أي أنها لا تقيم وزناً للأمور الشخصية بل نظرتها موضوعيّة تتعلق بواقعة الضرر لأن الجوابر مشروعة لجلب النفع بما فات من المصالح، وإلى هذا أشار الفقيه عز الدين عبد السلام في التفرقة بين الجوابر والزواجر فقال: «الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً. ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد، والجهل والعلم، والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر، فإن معظمها لا يجب إلا على عاص زجراً له عن المعصية[1].

من خلال ما تقدم نجد أن الشريعة لا تبحث في التمييز كركن في الخطأ، بل تبحث فيه من حيث انتفاء شرطيته في التضمين، ومع ذلك فإن الفقهاء وإن عرفوا التعدي بيد أنهم لم ينصوا على معياره وضابطه وإذا كان الأمر كذلك ليس معنى ذلك أنهم لم يواجهوا ضبط معيار التعدي؛ بل إنهم تركوا ذلك إلى عرف الناس وعادتهم، أي أنهم أطلقوا ما ورد الشرع به ولا ضابط له فيه، فحكموا العرف وعملوا بمقتضاه[2] مثال ذلك كالحرز في السرقة، والإحياء في الموات والتعدي في باب الضمان، فالتعدي مثلاً إذا تجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه رجع في ضابط التعدي إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة ويعتبرونه تعدياً. بصرف النظر أن يكون العرف خاصاً أو عاماً. وحين يتعلق الأمر بأمر فني خاص يرجع به إلى عرف ذوي الاختصاص في تلك المهنة، وعلى هذا يخلصون إلى أن ضابط المتعدي في

(1) عز الدين عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1 ص 166.

(2) السيوطي ـ الأشباه والنظائر، ص 88.

الفقه الإسلامي هو كل ما يراه الناس أو ذوو الاختصاص مجاوزة الحدّ. بمعنى أن ضابط التعدي في الفقه هو مخالفة المعتاد. هو ضابط موضوعي مجرد ففي ترك التحرز لمن ينام في موضع يتوهم أن يصير قاتلا[1] فيقع على آخر فيقتله، أو على إناء فيكسره فيجب الضمان إ،ذ ورد النص «لو أن ابن يوم انقلب على قارورة إنسان فكسرها، يجب عليه الضمان في الحال»[2]، ومرد الضمان على القاتل أنه قد ترك التحرز في موضع لا يتركه الرجل البصير، ولهذا نجد أن الفقه الإسلامي يقرر الضمان مع الخطأ، ومع العمد أيضاً، ومع الجهل والعلم، ومع الذكر والنسيان، ومع الجنون، ومع عدم التمييز في الصبيان. ولا شك أن هذا يعطينا في الفقه الإسلامي معياراً واضحاً في الضمان، وهو عدم الاعتداد بالظروف الداخلية أو الشخصية، ومع ذلك فالفقه الإسلامي ربط وجوب عدم الضمان في الضرر بالسلوك المتسبب إذا جرى فيه على الاقتصاد والسلوك المعتاد، لأنه في خلاف ذلك يشق الاحتراز فيها. وقد أورد الفقيه عبد العزيز بن عبد السلام صوراً عن السلوك المعتاد التي لا توجب الضمان منها:

1 ـ إذا أوقد شخص في داره ناراً على الاقتصاد المعتاد، فطار منها شرر، فأتلف شيئاً بالإحراق، فإنه لا يضمن.

2 ـ إذا سقى شخص بستانه على الاقتصاد في مثله فسرى إلى جاره، فأفسد له شيئاً، فلا ضمان عليه.

3 ـ إذا ساق دابته على الاقتصاد في الأسواق، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد ذلك شيئاً فلا ضمان، إلا أن يزيد على الاقتصاد في السوق.

أما لو ساق في الأسواق إبلاً مقطورة أو ركب دابة نزقة، لا يؤثر فيها كبح اللجام، لزمه الضمان، لخروج ذلك عن المعتاد[3].

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 525.

(2) المرجع السابق ج 5 ص 140.

(3) عز الدين عبد السلام قواعد الأحكام في مصلح الأنام ج 2 ص 187.

وبهذا نجد أن المعيار الضابط في هذه الصور هو ضابط التعدي بالسلوك المألوف للرجل العادي إذا خرج عن المعتاد.

صور انطباق معيار التعدي والاستثناءات الواردة عليه:

أ ـ في صور التطبيقات في معيار التعدي:

إن معيار التعدي ينطبق على حالات عدة من التعدي وهي:

أولاً: انطباق المعيار على الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي.

إن سلوك الرجل السوي في عمله إنما هو السلوك المعتاد فإذا خرج عن هذا السلوك وجب الضمان سواء كان التعدي تم بالسلب كمن يمتنع عن تقديم الطعام والشراب إلى السجين حتى يهلك، فحكم هذا كحكم القتل مباشرة لأن الممتنع كان بامتناعه قد سبب التلف، لهذا وجب الضمان، والعلة في ذلك وجوب منع الظلمة من الظلم[1] وكذلك الزوج إذا لم يحفظ زوجته الصغيرة المسلمة والتي تحتاج إلى الحفظ. فإذا ضيعها ضمن، سواء أكان التعدي بالإيجاب أم بالسلب ذلك لأن الرجل السوي لا يخرج عن السلوك المعتاد.

ثانياً: انطباق معيار التعدي على الخطأ العمد وخطأ الإهمال.

الشريعة الإسلامية توجب الضمان سواء في التعدي العمد أو بالتعدي بالخطأ، كقطع الشجر وقطف الثمر سواء كان عمداً أو خطأ، فالفعل الضار إذن يوجب الضمان كالأم التي تترك وليدها عند امرأة أخرى حتى ترجع فتذهب الأخيرة وتترك الصبي بلا رعاية وحفظ فيقع في النار، ففي هذه الحالة عليها ديته للأم وورثته إن كان مما لا يحفظ نفسه، لأن التعدي في الصورتين المتقدمتين لا يفعله الإنسان السوي المتحرز الحريص إذا وجد في نفس الظروف، والضمان الموجب بنظر الشريعة الإسلامية في الأموال المثل عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ ومع

---

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 536.

ذلك فللقاضي إن رأى التعزير زيادة في التعويض كان له ذلك، هذا ومن الجدير بالذكر أن توضح أنه في حالة التعدي بالعمد فإن الدية لا توجب على عاقلة المعتدي عملاً بالقاعدة عند الفقهاء «**إن العاقلة لا تعقل العمد**»[1].

إذ على المرء أن يتحمل جزاء عمله العمدي إذ في غير ذلك إرهاق للعاقلة، إنما تتوجب الدية على العاقلة في حالة القتل الخطأ وتتحمله رفقاً بالمسؤول الذي ارتكب الجريمة خطأ، لأنها قد قصرت في رعايته وحفظه وتوجيهه، لهذا تتحمل نتيجة تقصيرها وفي غير ذلك إرهاق للمسؤول وإراقة لماء وجهه وإثقال له بالديون.

ثالثاً: انطباق معيار التعدي على الخطأ الجسيم أو الخطأ اليسير.

علمنا أن الضرر مرتبط بمقدار المتعدي فالضرر الكبير يوجب التعويض الكبير، بمعنى أنه كلما كان الضرر جسيماً كان التعويض جسيماً أيضاً، وكلما كان التعدي خفيفاً كان التعويض مناسب له، ذلك لأن القاعدة في الضمان «أنه بدل مال لا جزاء أفعال»[2] بمعنى أنه لو أتلف جماعة مال الغير فعليهم جميعهم ضمان واحد تبعاً للقاعدة المذكورة.

هذا وإلى جانب الضمان بالتعدي يجوز للقاضي أيضاً أن يزيد إلى جانب الضمان التعزير بالقول وبالحبس والضرب أو بفرض الغرامة المالية، كل ذلك إذا كان التعدي ناجماً عن خطأ جسيم، كل ذلك بغية تحقيق المصلحة العامة وزجراً للمعتدين، لهذا أجاز الفقهاء أيضاً للقاضي استعمال العقاب بما يراه مخرجاً للحق من المبطلين ورادعاً لهم، كما أجازوا له مضاعفة الغرم أو الزيادة فيه.

رابعاً: انطباق معيار التعدي على الأطباء والجراحين.

إن معيار التعدي في مسؤولية الأطباء والجراحين قد سبق بحثه في

---

(1) السيوطي الأشباه والنظائر ص 160.

(2) مصطفى الكوز الحصاري ـ منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق ص 298.

مسؤولية الطبيب تحت عنوان ضبط معيار خطأ الطبيب[1] ومع ذلك فإن المعيار الذي توصلنا إليه هو معيار فعل طبيب مثله وجد في نفس الظروف وكان حسن النية مريداً بالمريض الصلاح، فإذا صدر عنه ما هو زيادة عن المعتاد، أو نقص عنه ضمن، أما إذا فعل الطبيب ما يفعله مثله في موضعه ولم يتجاوز الأصول ولم ينقص عنها، لم يضمن، وقد أورد الإمام الشافعي معيار المثل في فعل الطبيب بما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان في فعله في هذه الحالة، أما إذا كان فعل ما لا يفعله مثله من أراد الصلاح، وكان عالماً به فهو ضامن، وله أجر ما عمل في الحالين، في السلامة والعطب، قال أبو محمد، وفي قول آخر، إذا فعل ما لا يفعل فيه مثله فليس له من الأجر شيء، لأنه متعد، والعمل الذي عمله لم يأمر به، فهو ضامن، ولا أجر له[2].

خامساً: انطباق معيار التعدي في النقل بالمجان.

من خلال الأحكام العامة التي أوردها الفقهاء نستطيع القول إن الناقل إذا لم يذكر في نقله أجراً أو لم يذكر، فإذا ذكر الأجر كانت المسؤولية عقدية وبالتالي يضمن الناقل وإن لم يتعد إلا إذا حصل الضرر بقوة قاهرة أو سبب أجنبي، وكذلك الحكم إذا كان الناقل لم يذكر الزجر ولكنه معروف عنه بين الناس أنه يعمل بأجر فالضمان قائم كالضمان في الأجر المسمى تبعاً للقاعدة **«إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»**.

أما إذا كان الناقل قد نص على عدم الأجرة أي النقل مجاناً أو كان معروفاً بين الناس أنه يعمل بلا أجر كمن ينقل صديقاً له بسيارته أو يحمل له متاعه بالمجان. فالرأي عند أبي حنيفة أنه لا يضمن من عمل بغير أجر، أما الإمام مالك فقد سوى بين العامل بأجر وغيره في الضمان، إذ يرى أن العامل بغير أجر، إنما قبض المنقول لمنفعة صاحبه فقط[3] فأشبه الوديع،

(1) راجع في هذا مؤلفنا المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية.

(2) الشافعي الأم ج 6 ص 166.

(3) ابن رشد بداية المجتهد ج 2 ص 230.

والوديع لا يضمن إذا هلكت الوديعة من غير تعدٍ، ويبدو أن تسوية مالك بين تضمين العامل بأجر وغيره، لا وجه لها سوى أنها سياسة شرعية، واحتياط مغلظ كيلا تضيع أموال الناس[1] ويقول المالكية بصدد عدم تضمين الأجير الخاص، إن من لم ينصب نفسه، لم يكن في تضمينه سد ذريعة[2] وعلى هذا فلا ضمان عليه عندهم وعند غيرهم إلا إذا تعمد أو تعدى، وبهذا يكون قد خالف معيار ما يفعله الرجل السوي. فاتجاه الفقه إلى تضمين الناقل بالمجان إنما هو اتجاه ضمان عقد، إذ أنه كالوديع، يضمن بالتعدي. على أننا نرى أن النقل بالمجان يستبعد فيه أن تكون المسؤولية عقدية لأن العقد إذ هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهره أثره في المحل، فإن هذا الارتباط أي أن إرادة الطرفين الناقل والمنقول لم تتجه إلى إحداث الأثر، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، وعلى هذا فإن النقل بالمجان إنما هو تبرع وتطوع، وهي من باب الإباحة، وإن كانت تتقيد بشرط السلامة لأنه من القواعد المقررة فقهاً. **«أن الأفعال المباحة يشترط فيها عدم إيذاء أحد»**[3].

هذا وإذا كان الفقهاء قد ألحقوا النقل بالمجان بعقد الإيداع، فالمنصوص عليه عندهم في هذا العقد أن الوديع إذا تعدى في الوديعة، أو طلبها ربها منه فحبسها وكان قادراً على تسليمها، أو مات مجهلاً حال الوديعة، فإنه يضمن، وتصير يده على الوديعة يد غصب بعد أن كانت يد ضمان[4] بمعنى أنه بالتعدي يزول وصف يد الأمانة، كما يزول وصف العقد، ويحل محله وصف الضمان، وهذا يعني أنه في ضمان الغصب لا يفرق في التضمين بين أن يكون المتاع في يد الغاصب أو في يد غيره، في حين أنه في ضمان العقد يشترط أن يكون المتاع في يد المتعاقد، وعلى

(1) الطرابلسي معين الحكام ص 194 وما بعدها.
(2) ابن رشد بداية المجتهد ج 3 ص 230.
(3) أبو سعيد الخادمي ـ مجامع الحقائق ص 313.
(4) الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج 5 ص 77.

هذا نستطيع القول إنه إذا زال العقد، وتمحض الفعل غصباً، كانت المسؤولية مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية، ويزول بالتالي العقد بالتعدي وبهذا يكون بالنقل بالمجان أمام المعيار الضابط وهو معيار التعدي، العام، وهو المجاوزة عن الفعل المعتاد وهذا المعيار ينطبق على التعدي بالنقل بالمجان سواء كانت المجاوزة يسيرة أو جسيمة طالما أنه تعدى معيار الرجل السوي.

ب ـ الاستثناءات التي تجعل التعدي سائغاً ولا توجب الضمان:

علمنا أن التعدي هو مجاوزة الفعل المعتاد، ولكن هل كل مجاوزة تعتبر تعدياً؟ بمعنى هل من يدفع الاعتداء باعتداء بقدره دون شطط أو إفراط يعتبر متعدياً؟ وهل من يستعمل حقه يعتبر متعدياً؟ وهل من أحوجته الضرورة الملحة إلى التعدي الأخف لدفع ضرر أكبر يكون متعدياً وبالتالي مسؤولاً، إلى غير ذلك من الحالات التي يستعمل فيها الشخص حقه ولم يكن متعسفاً باستعماله، لا شك أن مثل هذه الحالات تكون جائزة ولا تعتبر تعدياً، إذ الجواز الشرعي ينافي الضمان كما أن المباح المطلق لا يكون سبباً لوجوب الضمان، إذ لو كان الفعل موجباً للضمان لما نص على جوازه شرعاً، هذه الحالات إنما هي استثناءات جائزة وبالتالي لا ضمان فيها وتظهر هذه الاستثناءات في حالات الدفع عن النفس أو العرض أو المال، كما تظهر في حال الضرورة، وفي حال أذن ولي الأمر، وكذا في حال استعمال الشخص حق غيره بإذن منه، إلى غير ذلك من الحالات، سنعرض هذه الحالات تباعاً.

أولاً: في حالة الدفاع الشرعي:

من المسلم به عدلاً وعقلاً رد الاعتداء، سواء كان عن النفس أو المال أو العرض، إذ من مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ عليها وهي في مرتبة المحافظة على الدين والعقل والنسب، لهذا فإن أي اعتداء على هذه الأمور يسوغ للمعتدي عليه أن يدفع عنه الاعتداء بمقدار ما يحميه دون

زيادة أو تفريط، فما يردّ بالقول لا يسوغ استعمال الضرب، وما يردّ بالضرب لا يسوغ تجاوزه إلى القتل، وهكذا. . .

ومرد ذلك أن رد الاعتداء إذا كان ضرورة اقتضاها الشرع، فإن هذه الضرورة محددة بعدم التجاوز، **«إذ الضرورات تقدر بقدرها»**[1] كما أن **«الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»**[2]. هذا وإذا كان الاعتداء أصلاً محظور، فإن إباحته منوط برد الاعتداء تبعاً للضرورة إذ القاعدة **«أن الضرورات تبيح المحظورات»**[3].

هذا ويحسن بنا أن نعرض حالات الدفاع في الشريعة الإسلامية. وهي:

أولاً: حالة الدفاع الشرعي:

1 ـ حالة الدفاع الشرعي عن النفس:

هذه الحالة من الحالات التي أباحتها الشريعة الإسلامية عند مداهمة خطر حال في النفس، لا ينجيها منه إلا بدفعه عنها، بمقدار ما ينقذها ويدفع الأذى عنها، وفي حالة أو ظرف لا يتيح للمعتدي عليه اللجوء إلى وسيلة أخرى لدفع الأذى عنه، بحيث لا يمكنه مثلاً الالتجاء إلى الحاكم لمنع أذاه. ولا شك أن دفع الأذى برد الاعتداء عنه قد يلحق الضرر بالغير، ولكن هذا الضرر مبرر بحكم العقل والنقل، إذ يدفع الشر بأهونه تبعاً لقاعدة **«يختار أهون الشرين»**[4] إذ إنه «إذ تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما[5]، إذ المفروض في الدفاع عن النفس أن يلجأ إلى أيسر الطرق الممكنة لدفع الاعتداء إذ لا يصار إلى استعمال الوسيلة الأشد

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة ــ 22.
(2) مجلة الأحكام العدلية المادة ــ 27.
(3) مجلة الأحكام العدلية المادة ــ 2.
(4) مجلة الأحكام العدلية المادة ــ 29.
(5) مجلة الأحكام العدلية المادة ــ 28.

إلا عند فشل الوسيلة الأخف إذا كان لا بد له من ذلك، ويقول الخطابي في هذا الخصوص «إن دفع الرجل عن نفسه مباح، وإن ذلك إذا أتى على نفس العادي إليه، كان دمه هدراً، إذا لم يكن له سبيل إلى الخلاص منه إلا بقتله» واستدل به الشافعي في صول الفحل، قال: إذا دفعه فأتى عليه لم تلزمه قيمته»[1] وبهذا نجد أنه في حالة الدفاع عن النفس لا ضمان في الضرر الناشىء عن دفع الاعتداء، وقد ثبت ذلك في الحديث عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال: قاتل أجير لي رجلاً، فعض يده، فانتزعها، فكسرت ثابته، فأتى النبي ﷺ فأهدرها. قال: **أتريد أن تضع يده في فيك تقضمها كالفحل»**[2].

هذا وحكم حالة الدفاع عن النفس لا يفرّق بين أن يكون المهاجم إنسان أو حيوان. وإلى هذا جنح الفقهاء في الشريعة الإسلامية إذ تعرف عندهم بمسألة الصائل، ولم يختلفوا في جواز الدفاع فيها وإن اختلفوا في الضمان، في حين أن الجمهور قالوا: بعدم الضمان، وإلى هذا أشار ابن قدامة في المغني، فقال: «الإنسان إذا صالت عليه بهيمته، فلم يمكنه دفعها إلا بقتله، جاز له قتلها إجماعاً، وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره، وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة، عليه ضمانها، لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه، فكان عليه ضمانه، كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله، وكذلك قالوا في غير المكلف من الآدمين، كالصبي المجنون، يجوز قتله ويضمنه، لأنه لا يملك إباحة نفسه، ولذلك لو ارتد لم يقتل.

دلّنا أنه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه. . ولأنه حيوان جاز إتلافه. فلم يضمنه كالآدمي المكلف، ولأنه قتله لدفع شره، وفارق المضطر، فإن الطعام لم يلجئه إلى إتلافه، ولم يصدر منه ما يزيل عصمته، لهذا لو قتل المحرم صيداً لصياله لم يضمنه، ولو قتل المكلف لصياله له لم يضمنه،

(1) الخطابي ـ معالم السنن ج 4 ص 38.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب القصاص به، وغير المكلف كالمكلف في هذا، وقولهم، لا يملك إباحة نفسه، قلنا: والمكلف لا يملك إباحة دمه، ولو قال: أبحت دمي لم يبح، على أنه، إذا صال فقد أبيح دمه بفعله، فيجب أن يسقط ضمانه كالمكلف»[1].

ويرى الأحناف «أن إنساناً عدا عليه فحل ليقتله، فضربه بالسيف، فأغرمه أبو بكر إياه، وقال بهيمة لا تعقل، وبما روي عن أبي هريرة أنه قال: «من أصاب العجماء غرم» وقد قال الآخرون في الأثر الأول إنه منقطع.

وفي الثاني: من أصابه قاصداً غير مضطر[2]. ويقول ابن حزم «وكل من عدا عليه حيوان مهلك من بعير أو فرس أو غير ذلك فلم يقدر على دفعه عن نفسه إلا بقتله، فلا ضمان عليه فيه وهو قول مالك[3].

هذا ويلحق بالصائل المبادر المهاجم بالقتل، ما يغلب فيه على ظن المعتدى عليه أراد القتل، فقد نص الحنفية على أن، ما لا طريق إلى معرفة حقيقته يعتبر فيه غالب الرأي... ألا ترى أنك لو رأيت رجلاً يثقب عليك دارك من خارج، أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف، وخفت أن أنذرته يضربك، وكان على أكثر رأيك ذلك، وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه، إذا خفت أن يسبقك إذا أعلمته، وفي هذا إتلاف نفس. ثم أجازوا الاعتماد على غالب الرأي، لتعذر الوقوع على حقيقته»[4] نخلص مما تقدم أن حالة الدفاع عن النفس المباحة في الشريعة الإسلامية يشترط لجوازها وعدم المساءلة فيها، توفر الشروط التالية:

أ ـ أن يكون هناك اعتداء أو خطر حال أو داهم على النفس.

---

(1) ابن قدامة ـ المغني ج 10 ص 350.

(2)و (3) ابن حزم المحلي ج 8 ص 145.

(4) السرخسي المبسوط ج 24 ص 50.

ب ـ أن لا يكون هناك وسيلة لدفع الاعتداء بدون أذى كاللجوء إلى الحاكم.

ج ـ أن يكون رد الاعتداء بمقدار ما يدفع الأذى دون تجاوز.

2 ـ حالة الدفاع الشرعي عن العرض:

أجاز الفقهاء للمرأة قتل من حاول الاعتداء على عرضها وكذا للرجل إذا رأى غيره يحاول الاعتداء على امرأة أن يدفعه بالقتل إن أمكنه سواء كان الاعتداء على عرضه أو عرض غيره لأن الأعراض حرمات الله، ولأن في ذلك دفعاً للفاحشة من جهة ودفاعاً عن العرض. هذا وقد أورد أصحاب المذاهب أحكاماً بهذا الخصوص فقال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها، فقتلته لتحصين نفسها، إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها، فقتلته لتدافع عن نفسها، فلا شيء عليها، وذكر حديثاً يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير، أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها، فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر: «والله لا يودى أبداً» ولأنه إذا أجاز الدفع عن ماله الذي يجوز بذله بإباحته لدفع المرأة عن نفسها، وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بمال أولى[1] أو الدفاع عن العرض واجب في حين أنه غير واجب في الدفاع عن المال، لا سيما وأن التميكن من العرض محرم. كما أن في ترك الدفع نوع من التمكين وعلى هذا نجد الحنابلة يفرقون بين دفاع المرأة عن نفسها وبين دفاع المرء عن ماله أو عن نفسه، ويقبولون بالوجوب في الحال الأولى دون الثانية[2].

أما الأحناف فأجازوا الدفاع عن العرض ولا شيء على القاتل فقالوا: لو أن رجلاً وجد مع امرأته أو جاريته رجلاً، يريد أن يغلبها ويزني بها، له أن يقتله، فإن رآه مع امرأته أو مع محرم له، وهي مطاوعة على ذلك، قتل الرجل والمرأة جميعاً[3] وخالف البعض ومنعوا ذلك مطلقاً، إذ يقول

---

(1) ابن قدامة ـ المغني ج 10 ص 352.

(2) المرجع السابق الصفحة نفسها.

(3) العيني عمدة القاري شرح صحيح البخاري ج 24 ص 21.

المهلب في الحديث الوارد عن المغيرة، قال: قال سعد بن عبادة، لو رأيت رجلاً مع امرأتي، لضربته بالسيف غير مصفح، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: **أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير منه، والله أغير مني**»[1] «إنه دال على وجوب القود فيمن من قتل رجلاً وجده مع امرأته؛ لأن الله عز وجل، وإن كان أغير من عباده، فإنه أوجب الشهود في الحدود، فلا يجوز أن يتعدى حدود الله، ولا يسقط دماً بدعوى»[2] ويرى الشافعي «أنه يسعه فيما بينه وبين الله قتل الرجل إن كان ثيباً، وعلم أنه نال منها ما يوجب الغسل، ولكن لا يسقط عنه القود في ظاهر الحكم»[3].

ويقول الإمام علي كرم الله وجهه، عن هذه الحالة، «إن لم يأت بأربعة شهداء، أعطى برمته[4] أي أقيد منه، وروي عن عمر رضي الله عنه «أنه أهدر دمه، ولم ير فيه قصاصاً»[5].

وهكذا نجد فيما تقدم من آراء، أنه: إذا وجد الرجل مع حريمه أو محرمه شخصاً عندها في حالة مريبة جاز له القتل دفاعاً عن العرض في رأي، ولم يجز له في رأي آخر، على أن القائلين بجواز القتل أجازوا للقاتل ذلك فيما بينه وبين الله، أما في القضاء فلا يسقط عنه القود إلا إذا جاء بنية ثبتت ذلك، لأن الدم لا يهدر بمجرد الدعوى.

3 ـ حالة الدفاع الشرعي عن المال:

أجازت الشريعة الإسلامية الدفاع عن المال واعتبرت المدافع عن ماله في حاله حلّ إذا ردّ الاعتداء على ماله، ذلك لأنها لا تعتبر المدافع عن ماله متعدياً. وعلى هذا «فمن أراد أخذ مال إنسان ظلماً واعتداءً جاز لصاحب المال أن يطرد هذا الاعتداء ويمنعه إن تيسر له ذلك فلا يحلّ له قتله، فإن قتله حينئذٍ فعليه القود، وإن توقع أقل. فتوقع أن يعاجله اللص، فليقتله،

(1) رواه البخاري.

(2) العيني عمدة القاري ج 24 ص 22.

(3) المرجع السابق ج 24 ص 21.

(4)و(5) المصدر السابق ج 24 ص 19.

ولا شيء عليه، لأنه مدافع عن نفسه»[1] وقد استدل ابن حزم على ذلك بما روي عن عمران بن حصين «لو دخل عليّ داخل يريد نفسي ومالي، لرأيت أن قد حل لي قتله»[2] وكذلك بما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: «إذا دخل اللص دار الرجل فقتله، فلا ضرار عليه»[3].

ويرى الأحناف وجماهير العلماء جواز قتل القاصد لأخذ المال بغير حق، سواء كان المال قليلاً أو كثيراً ويستدلون على ذلك بحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد». على أن هذا القول لم يأخذ بإطلاقه فقد رأى مالك أنه لا يجوز القتل دفاعاً عن يسير المال.

هذا وإذا كان الدفاع عن المال سائغاً حتى إذا وصل إلى مرتبة القتل بيد أنه لا يسوغ أن يتعدى الوسائل الأخف في الدفاع عن النفس إلى الوسيلة الأشد مباشرة وإلى هذا أشار الحنابلة فقالوا: «إن من دخل منزل غيره، بسلاح أو غيره كان لصاحب الدار أمره بالخروج، فإن لم يفعل بالأمر، كان له أن يضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به، فإن علم أنه يندفع بالعصا، لم يكن له ضربه بالحديد، وإن لم يمكن دفعه إلا بالقتل، كان له ذلك، ودمه هدر، لأنه تلف لدفع شره، فلا يضمن، كالباغي، قالوا: وإن قتل صاحب الدار فهو شهيد، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص، «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل، فهو شهيد» رواه الخلال بإسناده، «وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرناه»[4] إذ ورد الحديث «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[5] يتضح مما تقدم ما يلي:

---

(1) ابن حزم المحلي ج 11 ص 13.

(2) المرجع السابق.

(3) العيني ـ عمدة القاري ج 13 ص 35.

(4) ابن قدامة المغني ج 10 ص 352.

(5) رواه أصحاب السنن أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه.

1 ـ إن حكم الدفاع عن المال في حالة الاعتداء عليه كحكم الدفاع عن النفس والعرض، وأنه يقتضي استعمال التدرج في الدفاع عن المال إذ لا يلجأ إلى الوسيلة الأشد إذا كان بالإمكان استعمال الوسيلة الأخف.

2 ـ أن لا يصار إلى استعمال الوسائل الشخصية بالدفاع عن المال إلا في حالة عدم إمكانية المدافع من الاتصال برجال السلطة للدفاع عن ماله ودفع المتعدى.

3 ـ إن الدفاع عن المال مباح سواء كان المال المعتدى عليه كثيراً أو قليلاً.

4 ـ لا ضمان على دافع الاعتداء عند الجمهور[1].

5 ـ إن الشريعة الإسلامية تجيز القتل للدفع عن المال ولا توجبه ويقول المهلب في إجازة القتال عامة للدفاع.

«كذلك كل من قاتل على ما يحل له القتال عليه، من أهل أو دين، فهو كمن قاتل دون نفسه وماله، فلا دية عليه، ولا تبعة، ومن أخذ في ذلك بالرخصة، وأسلم المال، والأهل والنفس، فأمره إلى الله تعالى، يعذر ويأجره، ومن أخذ في ذلك بالشدة وقتل كانت له الشهادة»[2].

ثانياً: حالة الضرورة:

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة[3].

---

(1) الشعراني الميزان ج 2 ص 168.

(2) العيني عمدة القاري ج 13 ص 35.

(3) ابن قيم الجوزية ـ أعلام الموقعين ج 3 ص 14.

هذا وإذا كانت الشريعة بمقاصدها هي عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه وحكمته الدالة عليه. فهي إذن ترمي إلى جلب المنفعة أو دفع المضرة، هذا وإذا كانت المصلحة العامة المقصودة في الشرع لدفع المفاسد عن الخلق، فهي ترمي بمقاصدها إلى حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال.

هذا وإذا كانت الضرورة هي حكم خاص أجازها الشارع نتيجة ظروف خارجية قاهرة وهي بمدلولها في المفهوم الضيق، دفع ضرر خارجي قاهراً وضرر داخلي كحريق غالب، أو زلزال أو ظروف داخلية. كجوع مهلك، هذه الظروف تحيط بالنفس الواقعة في حالة الضرورة ولا شأن للآخرين بها، فهي تصل إلى أشق الحالات التي يجد فيها الإنسان نفسه في خطر محدق به، أو بماله أو بعياله وما شابهها، فهي إذن تختلف عن حالة الدفاع الشرعي، إذ في هذه الحالة يكون الإنسان بصدد اعتداء من الغير. على أننا بالمفهوم الواسع نجد أن الفقهاء عرفوه تعاريف عدة فالمالكية قالوا:

«الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً، أو هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصير حتى يشرف على الموت، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظناً»[1].

أما الشافعية فقالوا:

«من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته، أو طول مدته، أو انقطاعه عن رفقته، أو خوف ضعف عن شيء، أو ركوب، ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله»[2].

هذا التعريف في حقيقته عام شامل لكل أنواع الضرورة، ضرورة الغذاء والدواء، لدفع الهلاك، وكذا الانتفاع بمال الغير أو القيام بفعل ما ضرورة وإكراهاً أو بترك الواجبات الشرعية تحت هذا التأثير.

---

(1) ابن جزي القوانين الفقهية: ص 173.

(2) محمد الخطيب الشربيني ـ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج 4 ص 306.

هذا وإذا كانت الضرورة في ضوء ما تقدم هي بلوغ المرء حداً من الضرورة إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب على الهلاك، كالجائع المضطر إلى الأكل أو كالعاري إن لم يتناول ما يقي جسده من البرد القارس لمات أو تلف عضو له، فمن البديهي أن يدفع الضرر عنه سواء حمل عليه، أو ألجىء إليه باللجوء إلى الفعل للتخلص من الضرر تبعاً للاضطرار عملاً بقاعدة «ارتكاب أخف الضررين». هذا وإذا كانت الضرورة بمعناها الشامل تبيح الممنوع تخفيفاً عن الناس، فيجدر بنا توضيحاً لها أن نعرض بعض حالات الضرورة التي تستوجب الفعل الممنوع تخفيفاً على العباد بتحقق الضرورة، وأهم هذه الحالات هي:

ضرورة الغذاء من جوع وعطش. الدواء، الإكراه، فإذا حلت الضرورة فى أي حالة من هذه الحالات أبيح المحظور وجاز ترك الواجب، ويحسن بنا أن نعرض هذه الحالات:

1 ـ في ضرورة الغذاء من جوع وعطش:

أجازت الشريعة في الضرورة تناول طعام الغير. أو أكل الميتة وشرب الدم والخمر في حالة الاضطرار لدفع المخمصة، إذ لا فرق بين محرم ومحرم إذ يحل كل محرم للمضطر سواء كان ذلك للغذاء أم الدواء طالما أن الغاية دفع الهلاك وكان الهلاك محققاً بعدم الطعام أو الشراب وإلى هذا أشار الجصاص في تفسيره فقال: «قد ذكر الله تعالى الضرورة، وأطلق الإباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة، وهو قوله تعالى:

﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[1] ، فاقتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها[2].

أما بالنسبة للخمر يبدو أن إطلاق النص في الآية يفيد جواز تناول

(1) سورة الأنعام، الآية: 119.

(2) أبو بكر الجصّاص ـ أحكام القرآن ج 1 ص 147.

الخمر في حال الضرورة لأن سبب إباحة المحرمات هو الحاجة إلى حفظ النفس من الهلاك، فالحكم إذن يدور مع علته وجوداً وعدماً. على أن المالكية لم تجز تناول الخمر. لأنها لا تفيد في حال الضرورة، إلا لإساغة الغصّة فيجوز إزالتها عند عدم وجود ما يسيغها به من غيره لهذه الناحية إذ قال مالك: «إن الضرورة إنما ذكرت في الميتة ولم تذكر في الخمر وإنما حرمها الله تعالى في مواضع في قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ. .﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[3] وذلك يقتضي التحريم[4] هذا بيد أن جمهور العلماء أجازوا شرب الخمر عند ضرورة العطش أو الغصص أو الإكراه قدر ما تندفع به الضرورة.

أما بالنسبة لأكل لحم الميتة فيرى الإمام أحمد أن الميتة لا تحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالسؤال[5].

هذا ولا يجوز عند المالكية والحنابلة والظاهرية إطلاقاً أن يتناول المضطر أي شيء من ميتة ابن آدم لقوله عليه الصلاة والسلام «كسر عظم الميت ككسرها حياً».

أما الشافعية وبعض الحنفية فقد أجازوا للمضطر أكل آدمي ميت إذا لم يجد ميتة غيره. لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت إلا إذا كان الميت نبياً فإنه لا يجوز الأكل منه قطعاً، أو كان الميت مسلماً. والمضطر كافراً، فإنه لا يجوز له الأكل منه لشرف الإسلام، واستثنى بعض الشافعية

---

(1) سورة البقرة، الآية: 219.
(2) سورة الأعراف، الآية: 33.
(3) سورة المائدة، الآية: 90.
(4) ابن جزي القواعد الفقهية ص 173.
(5) ابن قدامة المغني ج 8 ص 596.

أيضاً حالة أخرى: وهي أنه لا يجوز له أكل الميت المسلم ولو كان المضطر مسلماً، كذلك أجازوا للمضطّر التناول من لحم مباح الدم بعد قتله، لا بقطع بعض أعضائه كالحربي والمرتد، لأن قتله مباح فلا حرمة له، فهو بمنزلة السباع[1].

2 ـ ضرورة الدواء: .

أما بالنسبّة لحلول الضرورة في استعمال الخمر للتداوي، فقد اختلف الفقهاء في جواز التداوي بالخمر ونحوها من سائر المسكرات، إذ قال أئمة المذاهب الأربعة: «يحرم على الراجح الانتفاع بالخمر للمداواة وغيرها، كاستخدامها في دهن أو طعام أو بلّ طين، لقوله ﷺ «**إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم**»[2] واستدل كذلك على تحريم الخمر كدواء بما روي عن رسول الله ﷺ لما سأله طارق بن سويد عن الخمر، فنهاه، أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: **إنه ليس بدواء ولكنه داء**»[3].

وقال بعض فقهاء الحنفية: يجوز التداوي بالمحرم إن علم يقيناً أن فيه شفاء ولا يقوم غيره مقامه، أما بالظن فلا يجوز، وقول الطبيب لا يحصل به العلم، ولحم الخنزير لا يرخص التداوي به، وإن تعين، ويرخص شرب الخمر للعطشان، وأكل الميتة في المجاعة إذا تحقق الهلاك، ولا بأس بشرب ما يذهب بالعقل فيقطع الأكلة ونحوه[4] وقال العز بن عبد السلام: مطلقاً جواز التداوي بالمحرمات إذ كان لا بد منها ولا يحل طاهر محلها فقال:

«جاز التداوي بالنجاسات إذا لم يجد طاهراً يقوم مقامها، لأن مصلحة العاقبة والسلامة أكمل من مصلحة اجتناب النجاسة، ولا يجوز

---

(1) السرخسي ـ المبسوط ج 24 ص 48.

(2) رواه البخاري عن ابن مسعود.

(3) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه.

(4) علاء الدين عابدين ـ الهدية العلائية ص 251.

التداوي بالخمر على الأصح، إلا إذا علم أن الشفاء يحصل بها ولم يجد دواء غيرها»[1].

3 ـ **الضرورة والإكراه:**

الإكراه هو حمل الغير على أمر دون اختياره ورضاه. وهو نوعان إكراه ملجىء وإكراه غير ملجىء أما الإكراه غير الملجىء كالتهديد بما لا يضر النفس، والذي يهمنا هنا هو الإكراه الملجىء الذي يفقد الشخص معه اختياره ورضاه كالتهديد ببتر عضو أو التهديد بالقتل، وهذا الإكراه الذي يعتبر حالة من حالات الاضطرار الشرعية لقوله ﷺ **«إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»**[2] أما منعأثر الإكراه الملجىء في الآخرة فأمره منوط بيوم الحساب إنما الذي نبحثه هنا هو أثر الإكراه الملجىء وأحكامه الدنيوية وأنواعه ثلاثة.

النوع الأول: الإكراه على شرب الخمر والإكراه على السرقة.

أ ـ الإكراه على شرب الخمر:

هذا الإكراه يتعلق بمعصية، فإذا كان الإكراه ملجئاً وهو حالة من حالات الضرورة وقد استجاب المستكره على شرب الخمر، فلا يجب عليه الحد لأن الحد يجب أن يكون في الجناية زجراً للفاعل، وهنا في حالة الشرب بالإكراه الملجىء لا يكون الفعل جناية بل هو مباح تبعاً للضرورة ودفع الهلاك، أما أثره في التصرفات فمن العدل أن لا تنفذ تصرفات السكران المكره على الشرب، لأن تصرفاته غير قائمة على العقل والإدراك فحكمه كحكم المجنون.

ب ـ الإكراه على السرقة:

هذا الإكراه كذلك على معصية ومع ذلك فلا حدّ على السارق في

---

(1) عز الدين عبد السلام، قواعد الأحكام ج 1 ص 81.

(2) رواه الطبراني وأخرجه ابن ماجه.

هذه الحالة ولا إثم على فعله لأنه مستكره عليه، وهذا ما أشار إليه الحديث إذ ورد فيه «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فضلاً عن أن الإكراه شبهه، والحدود كما هو مقرر تدرأ بالشبهات.

النوع الثاني: الإكراه على الكفر والإكراه على إتلاف المال.

أ ـ الإكراه على الكفر:

هذا الإكراه إذا كان تاماً ملجئاً فلا يحكم بالردة، ولا تبين زوجة المستكره عند الفقهاء على أن المالكية قالوا بأن الإكراه إذا كان بغير القتل، فإنه يرتد، لأن غير القتل أقل خطورة من الكفر.

ب ـ الإكراه على إتلاف المال:

الإكراه بإتلاف مال الغير إذا كان ملجأ وجب الضمان على المكره، لأن المستكره مسلوب الإرادة وهو في حقيقة الأمر أضحى آلة بيد المكره. وإلى هذا ذهب الأحناف فقالوا: «إن أكره شخص على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، وسعه أن يفعل ذلك، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة، ولصاحب المال أن يضمن الأمر، لأن المستكره آلة للمكره فيما يصبح آلة له، والإتلاف من هذا القبيل»[1].

يرى المالكية أن الضمان على المستكره، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، فالإباحة متوفرة في الحالتين وبما أنه يجب ضمان المضطر إلى طعام الغير كذلك يجب على المستكره ضمان ما أتلفه من مال الغير.

على أن الشافعية في أرجح أقوالهم قالوا: الضمان يكون على المكره والمستكره، ذلك أن إتلاف مال الغير صدر مباشرة عن المستكره. كما أنه تم من المكره بالتسبب، والمعروف أن التسبب في الفعل كالمباشر سواء بسواء.

---

(1) البغدادي مجمع الضمانات ص 205.

النوع الثالث: الإكراه على القتل والإكراه على الزنا.

أ ـ الإكراه على القتل:

هذا الإكراه على القتل يستوجب الإثم على القاتل، ولو كان مكرهاً. وهذا ما اتفق عليه الفقهاء على أنهم اختلفوا في وجوب القصاص فقال بعضهم كأبي حنيفة ومحمد وأحمد في رواية عنه والشافعي: أنه لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره ويعزر المستكره لأن المستكره مجرد آلة للمكره، إذ القاتل في المعنى هو المكره، وإنما الموجود من المستكره صورة القتل، فأشبه المستكره الآلة، ولا قصاص على الآلة.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من المكره والمستكره، لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكره متسبب في القتل وحكم المتسبب كحكم المباشر كما ثبت شرعاً، ويقول زفر وابن حزم «إنه يقتص من المستكره، لأن القتل، وجد منه حقيقة حساً ومشاهداً، ولأنه أتى محرماً عليه إتيانه؛ وأما المكره فهو متسبب؛ ولا قصاص بالتسبب، ولأن ما يبيحه الإكراه كحكم ما تبيحه الضرورة، وقال الطحاوي: وهذا القول أجود الأقوال، وبه نأخذ:

أما الدية المتوجبة حال الإكراه فهي واجبة على المكره.

أما بالنسبة للإرث. فلا يمنع منه المستكره الذي أكره على قتل مورثه عند أبي حنيفة بخلاف زفر.

ب ـ الإكراه على الزنا:

الإكراه على الزنا يقع على المرأة كما يقع على الرجل، فالمرأة إذا أكرهت على الزنا فلا يقام عليها الحد الشرعي[1] سواء كان الإكراه تاماً أو ناقصاً وهذا رأي جمهور الفقهاء ومرد ذلك عندهم قوله تعالى:

﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَمَن

---

(1) المرأة البكر حدها في الزنا مائة جلدة وإن كانت المرأة ثيباً محصنة فعقوبتها الرجم.

﴿يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٣﴾﴾[1].

من هذه الآية يتضح أنه لا إثم على المرأة المتكرهة على الزنا وعلى هذا ينتفي الحد بانتفاء الإثم. أما عند المالكية فأوجبوا على المشهور من مذهبهم الحد على المرأة المستكرهة[2].

أما إذا أكره الرجل على الزنا إكراهاً تاماً فلا عقاب عليه لأنه مستكره، كما لا يجب عليه الحد، وهذا رأي الأحناف والشافعية على أرجح أقوالهم، لأن الإكره عندهم يورث شبهه والقاعدة العامة أن الحدود تدرأ بالشبهات.

يخلص مما تقدم أن الإكراه الملجىء أو التام، إنما هو في حقيقة الأمر حالة ضرورة، تبيح المطعومات المحرمة، كما تجيز النطق بالكفر في حال تحقق الضرورة مع الاطمئنان بالإيمان في القلب، على أن هذه الضرورة لا تبيح الجرائم المتصلة بالأفراد، كالقتل والجرح، والزنا بالمرأة والغصب.

هذا وإذا كانت الإباحة قائمة في حالة الضرورة فإن العقاب الشرعي بالنسبة لبعض الجرائم كشرب الخمر والسرقة والنطق بالكفر، والقتل والزنا غير متوجب على المستكره، كما لا يلزم بالتعويض على ما أتلفه من أموال الغير، بمعنى أن المسؤولية غير محققة في هذه الجرائم في حالة الإكراه.

أثر الإكراه في التصرفات:

علمنا أن الإكراه الملجىء يختلف عن الإكراه غير الملجىء من حيث الأمر، فالإكراه إن انتهى إلى حد الإلجاء لم يتعلق به حكم، وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار، وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً، ففي حالة الإكراه الملجىء يسقط التصرف رخصته من الله تعالى. مثل النسيان تماماً، ولهذا يباح للمستكره إجراء لفظ الكفر على لسانه وشرب الخمر، والإفطار في

---

(1) سورة النور، الآية: 33.

(2) الدردير الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج 4 ص 318.

رمضان وإتلاف مال الغير والخروج من الصلاة، كما لا ينعقد يمين المستكره وبالتالي فلا يعتبر حانثاً فيه[1] على أن الإمام الغزالي، استثنى الإباحة في الإكراه في حالات خمسة ذكرها في كتابه البسيط وهي:

1 ـ الإكراه على القتل لا يبيحه، ويجب القصاص في الأظهر.

2 ـ الإكراه على الزنا لو صح أنه يمكن تصوره، فإنه لا يحلّ به وإن كان لسقط الحد.

3 ـ الإكراه على الإرضاع يثبت به التحريم.

4 ـ إكراه الحربي والمرتد على اعتناق الإسلام يصح، بخلاف إكراه الذمي والمستأمن.

5 ـ الإكراه في الطلاق على فعل الأمر المعلق عليه كدخول الدار يقع به الطلاق عند بعض الفقهاء، ولا يقع عند آخرين.

وضابط المسألة في أثر المستكره، أن المستكره بغير حق لا أثر لأقواله، إلا في الصلاة فتبطل به في الأصح، كما أنه لا أثر لفعله إلا في الرضاع، والحدث، والتحول عن القبلة في الصلاة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل، ونحوه في الأصح، أما الطلاق فلا يقع حال الإكراه[2].

أما بالنسبة لأثر الإكراه على تصرفات المستكره المدنية فهي عند الأحناف تختلف تبعاً لكون المتصرف قابلاً للفسخ أو غير قابل.

التصرفات التي لا تحتمل الفسخ:

في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ، فيرى أصحاب المذهب الحنفي أنه لا أثر للإكراه في هذه التصرفات كالطلاق والنكاح، والظهار، واليمين، والعفو عن القصاص. إذ تعتبر هذه التصرفات عندهم نافذة مع

(1) السيوطي الأشباه والنظائر ص 78 ابن اللحام القواعد والفوائد الأصولية ص 39.

(2) محمد الشربيني الخطيب ـ مغني المحتاج ج 2 ص 7.

وجود الإكراه فيها، إذ تصبح لازمة وغير قابلة للفسخ كمن أكره على تطليق زوجته أو النذر أو اليمين أو الظهار أو النكاح، أو الرجعة، ففي جميع هذه الحالات تكون تأخذه مع الإكراه، أما باقي الأئمة من غير الأحناف فيرون إن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات فيفسدها وبالتالي فلا يقع طلاق المستكره، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه سنداً لقول رسول الله ﷺ **«لا طلاق في إغلاق»**[1] والإغلاق لا يشمل الإكراه والغصب والجنون وكل أمر انغلق على صاحبه علمه وقصده، فالمكره إذن ليس له رغبة في اختيار صحيح في النطق الحاصل بالإكراه، فهو إذ قام بما أكره عليه فقد قصد دفع الأذى عن نفسه، لهذا فالتحقيق إذن هو المناسب لمقابلة الإكراه وبالتالي تلغى عبارة المستكره، ويرى جمهور الفقهاء أن الإكراه في التصرفات غير المحتملة للفسخ أي هي من حالات الضرورة. ولا تعتبر من حالات الضرورة عند الأحناف.

التصرفات التي تحتمل الفسخ:

هذه التصرفات يرى جمهور الأحناف أنها نافذة ولكنها فاسدة لعدم توفر الرضا كمن أكره على تصرف يحتمل الفسخ كالبيع والشراء والهبة، والإيجار ونحوها، إذ الرضا شرط لصحة التصرفات وبهذا فالمستكره بالخيار بعد زوال الإكراه عنه إن شاء أمضى التصرف وإن شاء فسخه.

أما المالكية فيعتبرون التصرفات التي تحتمل الفسخ موقوفة، لأن الرضا شرط في صحة العقد، لا في انعقاده، حتى لو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه، أصبح العقد صحيحاً نافذاً ولو كان العقد فاسداً.

أما عند الشافعية والحنابلة فتعتبر هذه التصرفات المستكره عليها باطلة غير صحيحة.

---

(1) رواه أبو داود وابن ماجه.

ضبط معيار الضرورة:

لتحقق الضرورة وتوفر شروطها لا بد من ضابط يضبطها حتى يصح الأخذ بحكمها والتجاوز عن القواعد العامة في التحريم، بمعنى أنه لا يسلم بكل حالة يزعم فيها أن المتجاوز للمحرمات، أنه في حالة ضرورة، إنما يجب التأكد من ضوابط معيار الضرورة التي تكشف عن وجود ضرورة أم لا، هذه الضوابط هي:

1 ـ حصول خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال أي وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس وهي النفس والمال، والعرض، والعقل، والدين، ففي هذه الحالة تكون الضرورة قائمة لا متوقعة أو منتظرة، فإذا لم تتحقق له هذه فلا يسوغ له الادعاء بالإباحة تبعاً للضرورة لمخالفة الحكم الأصلي العام من تحريم وإيجاب.

2 ـ أن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى للمضطر إلى مخالفة الأوامر الشرعية، بمعنى أن لا يكون هناك شيء من المباحات يدفع المرء بحق الضرر عن نفسه حتى ولو كان الشيء مملوكاً للغير، فلو وجد مثلاً طعاماً للغير، فله أن يأخذه بقيمته، وعلى صاحبه أن يبذله له، وكذا من يستطيع أن يقترض من غيره بدون فائدة فلا يجوز له الاقتراض بالفائدة أو بالبيع بالربا. وفي جميع الأحوال عند مخالفة الأوامر يقتضي أن يؤذن للمضطر للتحلل من الواجب.

3 ـ أن تكون الضرورة ملحة وملجئة ويخشى بها المرء على نفسه من تلف النفس أو الأعضاء، والمحظور ماثل أمامه إلى جانب المباحات، فيكره على أكل لحم الميتة بوعيد يخاف منه على تلف نفسه، ففي هذه الحالة فهو أمام عذر يبيح الإقدام على الفعل.

4 ـ لا يعتبر في حالة الضرورة من يخالف قواعد الشرع إذ من شروط الاضطرار أن لا يخالف المضطر مبادىء الشريعة الإسلامية التي مقاصدها حفظ حقوق الآخرين ومبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية وتحقيق

العدل، وأداء الأمانات ودفع الضرر، وعلى هذا فلا يحلّ الزنا ولا القتل والكفر والغصب بأي حال، إذ هذه مفاسد في ذاتها، لأن من خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة.

5 ـ أن يكون فيما يباح فعله للضرورة قاصراً في رأي جمهور الفقهاء على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرورة الحالة لأن إباحة الحرام للضرورة أمر استثنائي يقدر بقدر الضرورة.

6 ـ أن يكون المحرم الذي أبيح للضرورة، أن لا يوجد شيء من غير المحرم يقوم مقامه، فالطبيب الذي يصف المحرم كدواء للعلاج يجب أن يكون صادراً من طبيب عدل موثوق في دينه وعدله.

7 ـ أن تكون إباحة المحرم للضرورة في المضطر إلى الغذاء، أن لا تأتي إلا بعد مضي يوم وليلة ولا يجد المضطر بعد مضي هذه المدة أمامه إلا الطعام الحرام، واستدل على هذا الحكم في ضبط المعيار من حديث رسول الله ﷺ في إباحة أكل الميتة «**أن يأتي الصبوح والغبوق ولا يجد ما يأكله**». أي أن يأتي الصباح والمساء ولا يجد الإنسان طعامهما ولبنهما المعتاد المعروف بالصبوح والغبوق.

8 ـ أن تكون الغاية من استعمال حالة الضرورة في فسخ العقود إقامة التوازن بين المتعاقدين بنية تحقيق العدالة.

9 ـ حالة تحقق الظلم الفاحش أو الضرر الفادح، أو تحقق منفعة عامة، كل هذه تجيز لولي الأمر تبعاً للضرورة العامة، ودفعاً للحرج الشديد، أو الخطر الداهم على كيان البلاد، أن يأخذ بحال الضرورة في التعامل في العلاقات الخارجية، أو التجارة الدولية، أو القروض.

هذا وبشكل عام فإن الإمام أحمد بن حنبل قد وضع معياراً ضابطاً لحال الضرورة المبيحة وهو أن يتحقق لدى الشخص المضطر، الخوف على نفسه من الهلاك، إن ترك الأكل من الحرام، أو خاف إن هو ترك

الأكل من الميتة ونحوها عجز عن الشيء أو انقطع عن الرفقة أو يعجز عن الركوب فيهلك، ولا يتقيد ذلك بزمن مخصوص.

أثر الضرورة:

علمنا أن الضرورة تبيح إيقاع الضرر بالآخرين على أن هذا لا يعفي من هو بحالة الضرورة من التعويض، ويحسن بنا أن ننقل بعض نصوص الفقهاء في هذا الشأن إذ قالوا:

1 ـ حريق وقع في محلة، فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه، وبغير إذن من السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم، وجاء أن في هذا دليل على أنه لو كان بأمر السلطان لا يضمن ومرد ذلك أن له ولاية عامة، يصح أمره لدفع الضرر العام، وبه صرح، أنه، «وأن هذا الذي هدم الدار عند وقوع الحريق، هدم بإذن الإمام لا يكون ضامناً»[1].

2 ـ يجوز أكل الميتة ومال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر[2] إذ المقرر أن الاضطرار لا يبطل حق الغير[3].

3 ـ نص الفقهاء على وجوب نقض حائط مملوك، مال إلى طريق العامة على مالكها دفعاً للضرر العام[4].

4 ـ نص الفقهاء أنه «لو عم الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً، فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة، قال الإمام ولا يرتقي إلى التبسط وأكل الحلال، بل يقتصر على قدر الحاجة، قال ابن عبد السلام: وفرض المسألة أن يتوقع معرفة صاحب المال في المستقبل، فإما عند اليأس فالمال عندئذٍ للمصالح، لأن من جملة أموال بيت المال ما جهل مالكه[5].

---

(1) ابن قدامة ـ المغني ج 8 ص 595.

(2) خير الدين الرملي على جامع الفضوليين ج 2 ص 89.

(3) السيوطي الأشباه والنظائر ص 70.

(4) المرجع السابق ص 79.

(5) السيوطي الأشباه والنظائر ص 76.

5 ـ لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر إلى أكثرها قيمة فيضمن صاحب الأكثر، قيمة الأقل[1].

هذه بعض الأمثلة عن حالات الضرورة جميعها تهدف إلى دفع الضرر بحيث يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف، وبهذا نستطيع أن نقرر ما يلي:

أ ـ تجيز الشريعة دفع الضرر ولو أضر الآخرين على أن يعوض عن أضرارهم.

ب ـ يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف بمعنى أنه يشترط في حال الضرورة أن يكون الضرر النازل أو المتوقع أشد من الضرر الذي يصيب الآخرين، وهذا مقرر في القاعدة الفقهية وهي: «أنه إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما[2]، أما في غير هذا الحال فلا يسوغ اعتبار أن المرء في حالة الضرورة وبالتالي فلا يباح الفعل، إذ من المسلم به أن الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها.

ج ـ إذا ابتلي المرء بضررين فالشريعة إذ تلزمه بدفع أشدهما بأخفهما، فعليه تعويض من أضر به في سبيل هذا الدفع.

د ـ إذا أزيل الضرر بإذن ولي الأمر لا يلتزم المزيل بالتعويض.

هـ ـ إذا تسبب المضرور بتقصيره أو إهماله، في أن يتلف عليه ماله، دفعاً للضرر عن الآخرين، فلا ضمان على الضار، مثال ذلك لو هشم شخص بسيارته صندوقاً وضع في الطريق العام خطأ وإهمالاً يتفادى صدم رجل ظهر فجأة في الطريق العام فلا ضمان على السائق. إلا إذ كان المار الذي ظهر فجأة في الطريق غير مراعٍ للقوانين كان الضمان عليه، لتسببه في حادث تهشيم الصندوق.

---

(1) ابن نجيم الأشباه والنظائر ص 44.

(2) السيوطي الأشباه والنظائر ص 79.

عن الركن الثاني: الإدراك والتمييز:

هذا الركن المعنوي في المسؤولية، يدور حول الإدراك والتمييز على أن التمييز في المسؤولية في الشريعة الإسلامية ليس بركن فيها، لهذا أقامت الشريعة الإسلامية الضمان على مجرد حصول التعدي، وهو وصف مادي للمحل، فإذا استدعى الخطأ الإدراك أو التمييز، فإن المحل بمنأى عن ذلك، ومن ثم سقط اشتراط التمييز في الضمان أو المسؤولية في الشريعة الإسلامية بوجه عام. ولم نجد الضمان مقيداً به إلاّ في بعض أقوال معزولة في بعض المذاهب، إذ يرون أن الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال، كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة، وقيل المال في ماله، والدم على عاقلته أن بلغ الثلث»[1] على أن بعض المالكية أشار إلى ضعف القول بإهدار ما أصابه الصبيان. وواقع الحال أن التمييز في الضمان ليس بمطلوب في الفقه الإسلامي إذ يصرح الفقهاء بأن الوجه في ذلك، هو أن تضمين الصبي ليس من خطاب التكليف، بل هو من خطاب الوضع[2] ويقول الشوكاني بهذا الخصوص: المجنون غير مكلف، وكذلك الصبي الذي لم يميز، لأنهما لا يفهمان خطاب التكليف على الوجه المعتبر، وأما لزوم أرش جنايتهما ونحو ذلك فمن أحكام الوضع لا من أحكام التكليف[3].

وهكذا نجد من النصوص الفقهية المتقدمة أن تضمين الإتلاف لا يشترط فيه التمييز، وقد علل الفقهاء في تضمين الصبي بما أتلفه بما يلي:

---

(1) ابن جزي القوانين الفقهية ص 319.

(2) خطاب التكليف وخطاب الوضع يجمعهما الحكم، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، وعلى ذلك فما كان من خطاب الله متعلقاً بفعل المكلف، طلباً أو تخييراً، فهو من قبيل خطاب التكليف، فتدخل فيه الأحكام التكليفية الخمسة، وما كان من خطاب الله متعلقاً بجعل الشيء سبباً أو شرطاً، أو علة، أو مانعاً، أو صحيحاً، أو فاسداً، أو علامة، أو ركناً فهو من قبيل خطاب الوضع. (ابن الحاجب المنتهي الأصولي وشرح القاضي العضد عليه) ج 1 ص 220.

(3) الشوكاني ــ إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول. ص 10.

1 ـ إن ضمان الإتلاف لا يقف على القصد. بل إن الضمان يجب بغير قصد، كجناية النائم بانقلابه على شيء أتلفه ولعل التعليل في ذلك أنه إحياء لحق المتلف عليه، في المحل المعصوم[1].

وواقع الحال أنه في تحقق الضمان على غير المميز أننا بصدد ضرر مادي ينشأ عن تعدٍ بغير حق أخل بالتوازن في الذمم أحدثه جانب آخر وهو الجانب الضار فيقتضي تعويض المضرور فالتضمين إذن في المسؤولية في التعدي الصادر عن الصبي ليس من قبيل الجزاء على الفعل بل إنه بدل وعوض عن مال مفقود أو متلف. لهذا لم يفرق الفقهاء في التعدي بين الخاطىء والعامد، والجاد، والهازل، والبالغ، والطفل، والعاقل والمجنون، والمعتوه، إذ الغاية هو إصلاح الضرر بصرف النظر عن شخصية المتعدي وإلى هذا أشار الفقهاء فقالوا:

«لو أتلف مال إنسان خطأ، بأن رمى إلى شاة أو بقرة على ظن أنها صيد، أو أكل مال إنسان على ظن أنه ملكه، يجب الضمان، لأنه ضمان مال، لا جزاء فعل، فيعتمد عصمة المحل، وكونه خاطئاً معذوراً لا ينافي عصمة المحل. والدليل على أنه بدل المحل لا جزاء الفعل، أنه لو أتلف جماعة مال إنسان يجب على الكل ضمان واحد، كما لو كان المتلف واحداً. ولو كان جزاء الفعل لوجب على كل واحد ضمان كامل، كما في القصاص وجزاء الصيد»[2].

وهكذا وجدنا أن التضمين عند الفقهاء في المسؤولية أنه بدل المحل لا جزاء الفعل فالنظر عندهم إلى تحقق التلف في المحل لا إلى شخصية الفاعل من حيث الإدراك أو التمييز، ولا شك أن هذه النظرة تقوم على أساس من العدالة التي تحقق بها المصلحة.

ولا شك أن هذه النظرة تختلف بالنسبة للمسؤولية الجنائية التي تقوم

(1) السمعاني خزانة المفتي ص 487.

(2) القنوجي ـ كشف المبهم مما في المسلم ص 311.

على أساس الإدراك والتمييز لهذا فإذا لم يتحقق هذا الشرط يعفي الفاعل من المسؤولية الجنائية وبالتالي يعفى من العقاب كجزاء على فعله لأن الجريمة تشترط القصد واتجاه الإرادة نحو الفعل. في حين أنه في المسؤولية المدنية فلسنا بصدد جزاء إنما بصدد إزالة ضرر مادي ألحقه الصبي أو المجنون، وهذا الضرر لا بد من ترميمه، لهذا فلا شأن لنا بالإدرك لأن الضمان قصد به التعويض بدلاً عن المال المتلف لا جزاء على الفعل، هذا وإذا كان الأمر كذلك فالفقهاء لم يتصوروا الحجر على الصبي والمجنون في الأفعال إنما حجروا على أقوالهما وتصرفاتهما إذ يقولون: «الصبي يحجر لقصور عقله، فتتمكن في أهليته للإلزام والالتزام الشبهة، فلا تثبت بالشك، أي أنهم يريدون صحة الحجر على الأموال والتصرفات، أما الأفعال فلا حجر عليها، قالوا بالضمان «إذا أتلف هؤلاء المحجورون سواء عقلوا أو لا شيئاً مقوماً من مال أو نفس ضمنوا إذ لا حجر على الفعل»[1].

وعلى هذا نجد أن مسؤولية الصبي غير المميز مقرر في الشريعة الإسلامية مبدأ أساسياً إذ أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى ذلك فنصت:

«إذا أتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه»[2].

من هذا يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية لم تعف عديمي التمييز من المسؤولية إذ الأصل فيها مسؤولية فاقد التمييز فإن كان له مسؤول فالضمان عليه لتقصيره في مراقبته، فإن تعذر الحصول على التعويض من المسؤول عنه فيكون الضمان على الصغير نفسه، وكذا يكون الضمان على الصغير إذا لم يكن المسؤول عنه مقصراً في واجبه نحوه.

---

(1) ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 140.

(2) المادة 916.

الفصل الرابع

المسؤولية في التعسف باستعمال الحق أو المسؤولية التعسفية

إن التعسف باستعمال الحق، لا يخرج عن كونه من تطبيقات الخطأ أو التعدي، فالمتعسف في استعمال الحق هو من يفعل ما لا يفعله مثله من السويين المعتدلين. وجد في نفس الظروف التي وجد فيها، هذا ولما كانت الشريعة الإسلامية تقوم على العدل والإحسان، كان من البديهي أن تهدف إذن إلى تحقيق المصالح ودرء المفاسد، فإذا كان الحق شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع فمن البديهي أن يكون قصد صاحب الحق موافقاً لقصد الله في التشريع، وعلى هذا فإذا كان استعمال الحق جائز، فإن استعماله يقتضي أن لا يكون في غير ما شرع له، وإلا كان صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه وهذا بالطبع يناقض قصد الشارع، على أن الفقهاء، قد أيدوا وجهات نظر مختلفة حول الأسس التي تقوم عليها نظرية التعسف باستعمال الحق من خلال نظرتهم إلى الحق ويحسن بنا أن نعرض وجهات نظرهم.

النظرة الأولى: الحق منحة:

يرى البعض أن الحق منحة من الله تعالى وبالتالي فهو حق مطلق غير مقيد لأن الشريعة هي التي أنشأت الحق ومنحته للفرد، وهي التي شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها، ويترتب على ذلك أن الشريعة هي أساس الحق، وليس الحق هو أساس الشريعة.

النظرة الثانية: الحق مجرد وسيلة لتحقيق غاية:

أصحاب هذه النظرة يرون الحق في الشريعة، أنه مجرد وسيلة إلى

تحقيق غاية، وهي المصلحة التي من أجلها شرع الحق، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف.

النظرة الثالثة: الحق مقيد لا مطلق:

أصحاب هذه النظرة يرون الأصل في الحق التقيد لطالما أن الشريعة هي أساس الحق، وهو بالتالي، مقيد ابتداءً. إذ الأصل فيه التقيد لا الإطلاق وإذا كان الأمر كذلك، فإن وسائل التقييد منصوص عنها في الشريعة، وهي قواعد عامة، تتفق مع مقاصد الشريعة، وعلى هذا فيمكن أن يتصور أن الفعل مشروع، إذا هو استند على الحق، ويكون غير مشروع باستعماله في غير غايته التي وجد من أجلها، إذا كان مناقضاً لروح الشريعة وهذه في الحقيقة هي المحتوى لنظرية التعسف باستعمال الحق.

هذه الصور للحق الفردي تجعلنا نتلمس صفات الحق، وأهدافه، فالحق وإن يكن هو منحة للفرد، بيد أنه لا يتسم بالفردية المطلقة، لأنه إذ هو متعلق بذمة الإنسان، فهو بالتالي يهدف إلى غاية اجتماعية. بمعنى أن الحق يجمع بين الفردية والاجتماعية وبما أن كل حق فردي مشوب بحق الله، وحق الله هذا هو المحافظة على حقوق عباده، فرداً أم جماعة، وهذا لا يكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب، بل وبالامتناع عن التعسف في استعمال الحق، فمراعاة حق الغير والحالة هذه، منظور إلبه دائماً من خلال كل حق فردي، ومن خلال استعماله بحيث يمنع المساس به، هذه النظرة تفضي على الحقوق عامة صفة اجتماعية، وإذا كان الأمر كذلك فالتشريع الإسلامي يحرم الإضرار بالغير دون وجه شرعي، وبأي وسيلة من الوسائل، وفي شتى الصور، ولو اتخذت صوراً مشروعة في ظاهرها، وبهذا نجد أن استعمال الحق يقتضي أن لا يضر بالغير، لأن روح الشريعة الإسلامية لا تقرّ استعمال الحق على وجه تعفسي. يضر بالغير أو الجماعة ذلك لأن من طبيعة الحق أنه يهدف إلى تحقيق التكافل الاجتماعي. وبالتالي فلا يجوز استعماله على وجه يخل بهذا التكافل.

هذا وإذا كانت الشريعة الإسلامية أقرت في الحق المصلحة الفردية،

لكنها قيدته بما يمنع الإضرار بالغير والجماعة، وهذا بلا شك وظيفة اجتماعية مقررة للحق، وبهذا يكون الحق ذا طبيعة مزدوجة، أي ليس فردياً مطلقاً، ولا وظيفة اجتماعية خالصة. بل هو يهدف إلى تحقيق التوازن، بين المصالح الفردية والمصالح الاجتماعية، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى، ويكون التوسط والاعتدال سيمته بحيث ينفى عن استعمال الحق صفة الغلو والتطرق أو الإهمال والتفريط.

هذه الأسس الذي ذكرناه هي الركائز التي تقوم عليها نظرية التعسف باستعمال الحق، وعلى هذا نستطيع القول إن استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار دون أن يترتب مصلحة على صاحب الحق أو أن تكون المصلحة تافهة أو لا تتناسب مع الإضرار بالغير، فرداً كان أو جماعة، أو أن يتخذ صاحب الحق، حقه ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة، أو أن يتحايل المرء على قواعد الشريعة كل هذه تعتبر تعسفاً باستعمال الحق يناهض قصد الشارع من الحق واستعماله.

مما تقدم نستطيع أن نحدد تعريف التعسف وحقيقته، فنقول: التعسف، هو استعمال الحق لغرض غير مشروع، وعلى وجه يخالف غاية المشرع من الحق، فالتعسف في ضوء هذا التعريف لا يتعلق بمضمون الحق، بل بالباعث على استعماله أو نتيجة هذا الاستعمال، فمن البديهي إذا كان الباعث غير مشروع كان استعمال الحق يناهض المقصود من غاية الحق، بالتالي كان الفعل تعسفاً. هذا والتعسف يشترط فيه الضرر حتى تقوم المسؤولية التعسفية. وأن يكون الضرر بيناً أو فاحشاً، أو عاماً أي ينظر في تحقق التعسف من عدمه إلى هذه النتيجة من الضرر ولا يقاس التعسف بالخطأ، بل بمجرد التسبب في الضرر الفاحش فحيث يتحقق هذا الضرر بالباعث غير المشروع قامت المسؤولية التعسفية وهي مسؤولية مطلقة غير مشروطة بالخطأ، هذا ولا يكون الضرر دائماً علة في التعسف، بل قد يبطل التصرف الشرعي القولي من العقود، ولا تترتب عليه آثاره بصرف النظر عن واقعة الضرر إطلاقاً أو احتمال وقوعه ذلك أن مجرد مخالفة صاحب الحق

مشروعية الحق وحكمته الغائبة التي من أجلها شرع الحق، كان التصرف باطلاً لمخالفته للغرض الشرعي، كما في نكاح التحليل، فهو على رأي المحققين باطل لمخالفته الغرض الذي من أجله شرع النكاح، هذا والتعسف ولو لم يلحق ضرراً مباشراً، كما في تصرفات السفيه، إذ يحجر عليه لتعسفه في حق نفسه، وعلى هذا لا نرى للتعدي بطريق التسبب في الفقه أو الخطأ دوراً، وبالتالي فالتعسف يبطل التصرف الشرعي القولي كالعقود ولا تترتب آثاره ولو لم يلحق أيضاً ضرراً مباشراً كما في المثال السابق.

وعلى هذا فإن قواعد التعدي بالتسبب أو المسؤولية التقصيرية لا مجال لها في التعسف إذ نظرية التعسف تقوم على مبدأ سدّ الذرائع الذي يقوم بدوره على أصل النظر في مآل التصرف وقد توجهت آراء لفقهاء في المذاهب إلى اعتبار التعسف قائماً بمجرد «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»[1].

آثار التعسف باستعمال الحق
من خلال الاجتهادات الفقهية

اختلفت اجتهادات الفقهاء لدى أئمة المذاهب حول استعمال الحق ولو تأذى الغير بهذا الاستعمال، إذ نظر البعض إلى أن الحق مطلق واستعماله مطلق أيضاً، ولو ألحق المستعمل لحقه الإضرار بالآخرين وبالتالي فلا ضمان عندهم في هذه الحالة على مستعمل حقه، وأصحاب هذا الاجتهاد ينظرون إلى أن الحق يتسم بطابع فردي. وهؤلاء يمكن أن نطلق عليهم أنهم أصحاب نظرية الحق المطلق وهم من أصحاب ظاهر الرواية عند الحنفية كما أنه مذهب الشافعية أيضاً.

واجتهادات أخرى ترى أن الحق مقيد استعماله بعدم نشوء الضرر للآخرين، في معيار أن يكون الضرر فاحشاً فإذا كان كذلك فلا يسوغ استعمال الحق بما يضر الآخرين بالضرر الفاحش بصرف النظر عن تحقق

(1) فتحي الدريني نظرية التعسف باستعمال الحق ص 31.

النية بذلك سواء كان صاحب الحق قصد الإضرار أو لم يقصده. ومن أنصار هذا الاتجاه الإمام أبو يوسف وهو من أئمة المذهب الحنفي وقد أخذ بهذا الاتجاه أصحاب مجلة الأحكام العدلية كما أخذ به أيضاً جماعة من فقهاء المذاهب، وهؤلاء نظروا إلى الحق نظرة مادية بحتة.

واتجاه آخر أخذ به الفقهاء حيث اعتمدوا النية في استعمال الحق ومنعوا صاحب الحق من استعمال حقه إذ قصد به الإضرار بالآخرين، وهؤلاء من أنصار النظرية الشخصية، طالما اعتبروا النية هي الأساس ومن أنصار هذه النظرية بعض المالكية.

وهذا وهناك نظرة أخرى للحق قال أصحابها بوجوب تقيد استعمال الحق على وجه تحقق العدالة، والهدف من التصرفات، وبذلك راعوا آثار التصرف في المجتمع ويمكن تسميتهم بأصحاب النظرية الاجتماعية إذ هؤلاء يزنون تصرفات الأفراد بالمعايير الاجتماعية والاقتصادية، وهم من أنصار المذاهب الاقتصادية في العصر الحديث. وبهذا نجد أنفسنا أمام أربع نظريات في استعمال الحق.

نظرية الحق المطلق، والنظرية المادية، والنظرية الشخصية والمعنوية، والنظرية الاجتماعية.

ويحسن بنا أن نعرض أبعاد كل نظرية، وآثارها في استعمال الحق.

أولاً: نظرية الحق المطلق في استعماله:

أصحاب هذه النظرية نظروا إلى الحق نظرة مطلقة غير مقيدة وعللوا هذا الإطلاق بأنه ما دام الجواز مقرراً فالضمان منتف إذ القاعدة عندهم: **«الجواز الشرعي ينافي الضمان»**[1] وأنصار هذه النظرية أبو حنيفة وأحمد، وداوود الظاهري وقد تعرض هؤلاء لبحث هذه النظرية بمناسبة الملك، وحق التصرف به، وفي العلاقات الجوارية. وقد قال أبو حنيفة بهذا

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 91.

الخصوص «من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به»[1] ومن فروع هذه القاعدة، أنه «لو اتخذ شخص بئراً في ملكه أو بالوعة، فنزّ حائط جاره، وطلب جاره تحويله، لم يجبر عليه، ومفاده أن يؤمر بالرفق دفعاً للإيذاء، وإن سقط الحائط منه لم يضمن»[2] وعلل ابن عابدين هذا الرأي بأنه «متسبب غير متعد، إذ حفره في ملكه، أي لأن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى، كوضع حجر في الطريق»، وبهذا الاتجاه روى ابن الهمام عن النوازل أنه لو اتخذ أحد داره حظيرة للغنم فتأذى الجيران من هذا العمل فليس لهم منعه، وبه قال الشافعي وأحمد[3]، وبه أخذ الحنفيون في ظاهر روايتهم والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني عملاً بالقياس، أما ما روي عن أبي يوسف وبعض المتأخرين أنهم قالوا بعكس هذا الرأي فهو استحسان[4].

وقال محمد بن إدريس الشافعي «إنه لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه. وإن الرجل له أن يفعل في ماله، أن يفعل ولو أضر هذا بغيره، بل ولو أضر بنفسه أيضاً، قد ورد أمثلة عديدة في هذا الخصوص منها: «ما لو غصب داراً فزوقها، كان له قلع التزويق، وإن لم يكن بنفسه قلعه، وكذلك لو نقل عن أرضه تراباً كان له أن يرد التراب، حتى يوفيه إياها بالحال التي غصبه أياها عليها، قال: «لا يكون عليه أن يترك من ماله شيئاً ينتفع به المغصوب، كما لم يكن على المغصوب أن يبطل من ماله شيئاً في يد الغاصب»[5].

وفرق بعض الفقهاء بين الضرر بالمالك والضرر بالملك، فالأول يحتمل عادة، وبالتالي فهو مباح ويمنعه أن أضر بالملك. إذ قال ابن حجر

(1) فتاوى قاضي خان بهامش فتاوى الهندية ج 2 ص 256.
(2) ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 730.
(3) فتح القدير ج 5 ص 506.
(4) المرجع السابق ص 506.
(5) الشافعي ــ الأم ج 3 ص 222.

الهيثمي وهو من الشافعية فقال: «إن تصرف الإنسان في ملكه بما يضر جاره، يبيحه الشافعي إن أضر بالمالك، ويمنعه إن أضر بالملك، إذ الأول يحتمل عادة، ويمكن الاحتراز عنه، بجعل ساتر لعياله يمنع النظر إليه. ويمنعهما غيره أخذاً بعموم **«لا ضرر ولا ضرار»**. ويرى الشافعي أن الحديث مخصوص باتفاقهم على جواز صورة من الضرر، كوضع آلات البناء بالشارع، وبأن الظاهر منع الضرر ولو لمن أضرك، مع تخصيصه بالصائل ونحوه»[1].

وقال ابن حزم «لا ضرار أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقاً» فعليه «لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ أو نافذ، ويقال لجاره: «ابن في حقك ما تستر به على نفسك» ويمضي ابن حزم فيقول أيضاً: ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره، لأنه أذى، وقد حرم الله تعالىٰ أذى المسلم، وقال: لكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء، وأن يمنع جاره الريح والشمس، لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له، ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو رحى. إذ لم يأت نص بالمنع في شيء من ذلك[2].

من هذه الأمثلة نرى أصحاب هذه النظرية أخذوا بإطلاق حق الفرد بمعزل عن حقوق المجتمع. ولصاحبها أن يستعملها بحرية دون الالتفات إلى غاية الحق وأهدافه. ومع ذلك فإن نظرية الحق المطلق مقيدة بشرط أن يكون استعمال الحق في حدوده الشرعية أما إذا تعداها إلى حقوق الغير فعندئذٍ يجب الضمان على الفاعل المعتدي إذ في التعدي خروج عن استعمال الحق في حدوده المعينة المشروعة.

ثانياً: النظرية المادية وأثرها في سوء استعمال الحق:

هذه النظرية تقوم على أساس وقوع الضرر من جراء استعمال الحق

(1) ابن حجر الهيثمي، فتح المبين لشرح الأربعين ص 212.

(2) ابن حزم المحلي ج 8 ص 242.

بصرف النظر عن نية مستعمل الحق، فصاحب الحق إذا هو استعمل حقه وكان في ذلك إضراراً بالغير فيمنع. عملاً بقاعدة **«لا ضرر ولا ضرار»** وقاعدة **«درء المفاسد أولى من جلب المنافع»**[1] وقاعدة الضرر يزال[2] وقاعدة **«إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع»**[3] وقاعدة **«تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به الجار»**[4] وقاعدة **«الأفعال المباحة بشرط عدم إيذاء أحد»**[5].

كل هذه القواعد ترمي إلى تحقيق المقاصد وهي بوجه عام تهدف النفع للناس ودفع الضرر عنهم، فهي إذن مرتبطة بنظرة اجتماعية تعود للمصلحة العامة، لهذا فقد قيدت الحقوق بهذه الغاية. فقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المنافع» ترمي إلى أنه إذا تعارضت المنفعة والمفسدة قدمت المنفعة إذا كانت المفسدة زائدة، وعلى هذا فدفع الضرر إذن أولى من جلب المنفعة لصاحب الحق، ولكن هل أي ضرر موجب لمنع استعمال صاحب الحق حقه؟ الواقع أن النصوص الفقهية تشترط أن يكون الضرر بيناً أي فاحشاً، وأول من قال بذلك الإمام مالك مراعياً في ذلك المصلحة، ثم أبو يوسف متأثراً بالاستحسان والحياة الاجتماعية وما تقتضيه من مراعاة حاجات الناس، وعلى هذا ذهب أيضاً المتأخرون من الأحناف فقالوا: «إذا تصرف أحد في ملكه وتضرر جاره بذلك ضرراً بيّناً لا يمكن التحرز منه كان للجار أن يمنعه»[6] بهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فنصت: «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً»[7] وفرعت على ذلك في معاملات الجوار فنصت بقولها «كل أحد

---

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 30.

(2) المرجع السابق المادة 20.

(3) نفس المرجع المادة 46.

(4) مجامع الحقائق ص 316

(5) المرجع السابق.

(6) ابن جزي القوانين الفقهية ص 341.

(7) المادة 1197.

له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً»[1].

هذه النظرة يمنع استعمال الحق مقيدة بالضرر الفاحش ولكن ما هو مدلول الضرر الفاحش أو معياره. عرفت مجلة الأحكام العدلية الضرر الفاحش بقولها:

«هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية» كالمنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر البناء كأن يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه، هذا والضرر الفاحش قد يكون فيه تجاوز على حقوق الآخرين كالدخان المتواصل أو الضجة وطرق الحديد بما يمنع عن السكنى الراحة، أو الضرر الذي يحدث وهناً في البناء، في كل هذه الصور نجد الأضرار فاحشة وتضر بالغير.

كما أن الضرر الفاحش قد يصيب الجار، ولكنه دون أن يخرج عن حدود الاستعمال العادي للحق، وقد ضربت المجلة أمثلة على ذلك واعتبرته مما يجب رفعه فقد نصت في المادة 1200 منها. أنه:

«لو أحدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسدّ مهب ريحه، فإنه يكلفه رفعه للضرر الفاحش» وكذا «سد الضياء بالكلية ضرر فاحش، فإذا أحدث رجل بناء فسدّ بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة، فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال الضياء من الباب كاف، لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب»[2].

ونص المالكية: على أنه إذا فتح أبواباً وكوى في بنائه، يشرف منهما على دار الجار وعياله، فإنه يمنع من ذلك ففي مدونة مالك: «قلت فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جانب داري رفعها علي، وفتح أبواباً وكوى يشرف

---

(1) المادة 1198.

(2) مجلة الأحكام العدلية المادة 1201.

منها على عيالي، أو على أولادي، أيكون لي أن أمنعه من ذلك، في قول مالك؟ قال نعم يمنع من ذلك[1]. ويقول ابن عابدين: «وفي البحر وذكر الرازي في كتاب الاستحسان لو أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز الدائم، أو رحى، أو مدقاً للقصارين لم يجز، لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه.. والرحى والدق يوهن البناء»[2].

ولعل فيصل التفرقة بين المنع وعدمه في الضرر هو اعتباره فاحشاً أو غير فاحش، فما لا يمس بالحوائج الأصلية فلا يمنع، إذ لا يعتبر ضرراً فاحشاً كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس ليس بضرر فاحش. بمعنى أنها من الحوائج الزائدة.

على أن أحكام العلو والسفل تختلف عن أحكام الجوار وهذا الاختلاف أشارت إليه كتب الفقه من خلال اختلاف الرواية عن أبي حنيفة، وعن صاحبيه في أحكامهما، إذ أن أبا جنيفة في مسألة العلو والسفل يخالف رأيه في مسألة الجوار فنراه يطلق الحرية لمالك في غير حال العلو والسفل، بحيث يجيز له أن يتصرف في ملكه مهما أضر بجاره دون أن يتوقف ذلك على رضا الجار، بينما يطلق حرية المالك في العلو والسفل، وبالتالي لا يجيز له أن يفعل شيئاً في العلو أو السفل إلا بإذن الجار ولعل مرد ذلك عنده نظرته إلى أن الجوار في العلو والسفل، فاختلط الشبه بالشركة، فيضبط أحكامها، أو لعله يجد فيه ضرراً وخطورة لذا ذهب إلى التحفظ والاحتياط في حكمه. أما الصاحبان فيطلقان الحرية للمالك باعتبارها هي الأصل ولكن يشترط عدم الضرر وبالتالي فلا يوقفانها على رضاء الجانب الآخر.

وفي نصوص الحنفية أحكام العلو والسفل ورد ما يلي:

1 ـ «علو لرجل وسفله لآخر، ليس لذي العلو أن يندّ فيه عند أبي

---

(1) المدونة ج 15 ص 197.

(2) رد المختار ج 4 ص 560.

حنيفة ـ رحمه الله ـ إلا برضا ذي السفل، ولو لم يضّر به، وقالوا: له ذلك لو لم يضر[1].

2 ـ «علو لرجل وسفله لآخر، فلذي العلو أن يتصرف فيه بلا رضا ذي السفل»[2].

وفي رواية بعض المشايخ عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ روايتان فعلى رواية الأصل والجامع الصغير لا يملك ذلك إلا برضاه وإن لم يضر، وعلى رواية الكتاب يملكه لو لم يضره، كما ذكر بعضهم أن المروي عن أبي حنيفة رواية واحدة هي رواية الجامع الصغير وإن ما في الكتاب قولهما»[3].

وحقيقة الأمر أن أحكام العلو والسفل تتقارب وجهات النظر عند أبي حنيفة والصاحبين ذلك أن هدف أبا حنيفة تحقق رضا ذي السفل وفي هذا يتحاشى فعل ما يضره وهذا الهدف نفسه يهدفان إليه الصاحبان إذ أن الإباحة لذي العلو عندهما في هذا الخصوص وهو عدم توقف ذلك على رضا ذي السفل إلا إذا كان ذلك يضره. وقد لخص ذلك الأستاذ الخفيف فقال:

«يتقيد تصرف كل منهما في ملكه بأن لا يضر صاحبه، فلا يزيد صاحب العلو بناء يوهن السفل، ولا يفتح صاحب السفل في بناية فتحات تضعفه وتضره، فلا يقوى على حمل العلو»[4] ويستمد الأستاذ خفيف رأيه هذا من حديث «**لا ضرر ولا ضرار**» إذ يرى أن الناس لسوء أخلاقهم، ونقص دينهم، تركوا ما أوجبه الدين عليهم، خلقاً وأدباً من رعاية الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضى، وساءت الحال.

وذكر الزيلعي معيار الخلاف في اختلاف وجهات نظر الفقهاء. وبهذا الخصوص وخاصة بين الإمام وصاحبيه. فقال:

---

(1) جامع الفضوليين ج 2 ص 194.

(2) نفس المرجع.

(3) المصدر السابق نفس الصفحة.

(4) علي الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص 25.

«الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه، وهو مطلق له، والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير، فما أشكل يبقى على أصل الإباحة، وعنده الأصل هو الحظر، لأنه تصرف في محل تعلق به حق الغير، كالرهن والعين المستأجرة والإطلاق لقارض، وهو عدم الضرر بيقين، فما أشكل يبقى على أصل الحظر، وهذه الأشياء من المشكل، فظهر فيهما ثمرة الخلاف، ولا خلاف فيما لا إشكال فيه»[1].

هذا ويدخل في شمول التعسف باستعمال الحق ما أورده الحنابلة: إذ قالوا: «لو اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه، فمنعه إياه. مع غناه في تلك الحال، فمات بذلك ضمنه المطلوب منه، لما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى بذلك ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده، ولو أخذه قهراً، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه، فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه، فهلك بذلك»[2].

نخلص من ذلك إلى أن «كل جواز شرعي ينافي الضمان» لكن هذا ليس على إطلاقه فإذا كان هذا الجواز الشرعي قد ألحق ضرراً فاحشاً فليس من العدالة أن لا يعوض على المضرور، لهذا نجد أن قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان صحيحه إذا خلا الفعل من الضرر الفاحش، وبالتالي فالعبرة إلى النتيجة الحاصلة عن الاستعمال، فإذا كانت مضرة ضرراً فاحشاً، فالاستعمال ممنوع لأن فيه تعسف حتى ولو كانت نية المستعمل لحقه حسنة، أما إذا كان الضرر المتخلف عن استعمال الحق غير فاحش، فإنه يباح استعمال الحق حتى ولو كان حدوثه ناتجاً عن نية الضرر.. من هذا المنطلق كانت هذه النظرية المادية تعتمد الضرر بصرف النظر عن النية.

ثالثاً: النظرية المعنوية وقصد الإضرار في استعمال الحق:

هذه النظرية تقوم على النية عند استعمال الحق فهي إذن تنظر إلى

(1) الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج 2 ص 194.

(2) ابن قدامة ـ المغني ج 9 ص 580.

رغبة المستعمل للحق وغايته فإذا كانت النظرية المادية في سوء استعمال الحق تقوم على الضرر المتحقق فإن النظرية المعنوية لا تنظر إلى النتيجة المادية للمعاملات، بل إنها تتحرى عن نية مستعمل الحق، فإذا كانت نية المستعمل لحقه حسنة، فلا سبيل إلى منعه من استعمال حقه ولو أضرر بالغير ضرراً فاحشاً، أما إذا كانت نية المستعمل لحقه سيئة وهو لا يقصد باستعماله لحقه إلا الضرر بالغير فهذا بلا شك ممنوع ويعتبر الفاعل مسيئاً لاستعمال حقه. لهذا كان المعيار في هذه النظرية النية ولكن النية أمر باطني لا يمكن الاطلاع عليه فكيف إذن نستطيع الحكم على فعل المستعمل لحقه، وما إذا كان بنية حسنة أم بنية سيئة؟.

لا شك أن النية وإن كانت أمراً باطنياً، ولكن يستدل عليها من الأعمال الخارجية التي ترافق الفعل، أو النتيجة التي حصل عليها الفاعل، بمعنى أن الدلائل الخارجية والقرائن هي المؤشرة على سوء النية أو حسنها. ويبدو أن النية هي المعيار لقصد الفاعل للإضرار بالغير أم لا، فإذا كان في فعل الفاعل يحقق مصلحة بنية له، فإنه في ممارسته لهذا الحق دليلاً كافياً لدرء شبهة الإضرار بالغير، فالقرائن تدل دلالة واضحة على النية، فمثلاً: من أقام جداراً عالياً جداً في داره بحيث حجب عن جاره الشمس والهواء فإن في هذا إضرراً بالجار وفيه تعسف باستعمال حقه وبالتالي فهو ممنوع ويوجب المسؤولية والضمان ولو زعم أنه بناه لحماية نفسه ومنع اللصوص. أو منع الكشف عن الحريم. فالعبرة إذن دائماً لحسن النية، فهي المعيار لدفع المضرة عن الناس، أما إذا كان ما فعله الفاعل بنية متجهة نحو الإضرار بالغير، فإنه يمنع من ذلك، وإلى هذا أشار الشاطبي مفصلاً الحكم فقال:

«أما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استهلاك تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة، حصل له ما أراد، أو لا، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلاّ لأجل الإضرار. فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل، إذا لم

يقصد غير الإضرار. وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار، ولا يقال إن هذا تكليف لا يطاق، فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار، وهو داخل تحت الكسب لا بنقي الإضرار بعينه»[1].

ولا شك أن هذه النظرة تتفق مع منطق العدالة في ممارسة الحقوق بين من فيه مصلحة للنفس أو مضرة للآخرين، كما أنها تتفق مع روح التشريع الإسلامي الذي يجعل النية أساساً في الأعمال عملاً بالحديث «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى**».

رابعاً: النظرية الاجتماعية لسوء استعمال الحق:

هذه النظرية تهدف إلى مراعاة مصلحة الجماعة فهي نظرة تهدف إلى الغاية الأصلية من استعمال الحقوق، فهي إذ تعتبر أن حقوق العباد هي منحة من الله سبحانه وتعالى فمقتضى ذلك أن يكون استعمالها على هدي من الشريعة الإسلامية، أي أن تكون ممارسة الحقوق وفق ما حددته الشريعة الغراء وفي غير ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال الحق موجباً للمنع وهذه النظرة مقررة في الشريعة بقواعد وتطبيقات عديدة نجدها في كتب الفقه منها مثلاً: قاعدة: «**يتحمل الضرر الخاص لمنع الضر ر العام**»[2] وتطبيقاً لهذه القاعدة نجد مثلاً في الحائط المائل أنه وجب نقض هذا الحائط المائل إلى الطريق العامة ويلزم المالك بذلك وفقاً للضرر العام. وكذلك فإن الفقهاء متفقون حماية للمصالح العامة التي هي مصلحة المجتمع على حجر البالغ العاقل الحر الماجن. الذي يعلم الناس الحيل، ويفسد على المسلمين دينهم كل ذلك دفعاً للضرر العام.

فالشريعة على هذا الأساس راقبت تصرفات الفرد وممارسته لحقوقه بما لا يضر المصلحة العامة، ولعلها من هذا المنطلق أجازت الحجر على

---

(1) الشاطبي ــ الموافقات ــ ج 2 ص 349.

(2) ابن نجيم الأشباه والنظائر ص 42. والمادة 26 من مجلة الأحكام العدلية.

السفيه دفعاً للضرر العام. كما أجازت أيضاً الحجر على المدين إذا كثر غرماؤه وكذا أجازت الحجر على محتكر قوت العباد في بيعه بغبن فاحش بتعديه القيمة الحقيقية. وعلى هذا نجد أن فقهاء الأحناف أقروا للإمام الحجر منعاً للضرر العام[1].

كل هذا حماية للحقوق ولمصالح الجماعة بما يمس غايتها أو أهدافها إذ لا يسوغ أن يتعدى الضرر إلى الجماعة، إذ أن صالح الجماعة إنما هو حق لله لا يجوز تعديه، وهو محمي بنظر الشريعة الإسلامية إذ لا يجوز استعمال الحقوق الخاصة بما يمس حقوق مصلحة الجماعة.

وخلاصة القول في استعمال الحقوق، ومعيار اعتبارها إساءة لاستعمالها تبعاً لمقاصد الشريعة، هو ما ذكره الشاطبي في تحليله لهذه المقاصد والتي يحكم من خلالها على صحة استعمال الحقوق والإساءة في استعمالها إذ قال:

«ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة، والمقصود للشارع ما غلب منهما، وإذا تعارضتا نظر في التساوي والترجيح»[2].

وعلى هذا رأى الشاطبي أن الأحكام الشرعية يجب أن تنفذ وتمارس وفقاً للمقاصد التي وضعها المشرع أصلاً. ومن «ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل. أما إن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»[3].

في ضوء هذه الأصول فقد توصل إلى إعطاء المعيار الضابط في

---

(1) ابن نجيم الأشباه والنظائر ص 44.

(2) إبراهيم اللخمي أبو إسحاق الشاطبي ـ الموافقات ج 2 ص 25 ـ 35.

(3) المرجع السابق ص 333.

مسألة استعمال الحق أو العمل بالإذن الشرعي من خلال الأفعال في هذه الناحية فقرر في هذا الشأن ما يمكن إيجازه بما يلي:

أولاً: إذا كان الفعل الجائز شرعاً لا يلزم عنه إضرار الغير، فيبقى جائزاً على أصله، ولا إشكال فيه، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه، لثبوت الدليل على الإذن ابتداء.

ثانياً: إذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه إضرار الغير، وكان فاعله لا يقصد إضراراً بأحد، فهو يبقى جائزاً لمن ثبت حقه فيه شرعاً وهو ضربان.

الأول: إذا كان الضرر عاماً فالفعل يمنع مما هم به «لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة كالامتناع من بيع داره أو فدانه وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع.

الثاني: إذا كان الفعل يسبب ضرراً خاصاً ويكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بد. وهذا الفعل لا يكون جائزاً.

ثالثاً: إذ كان الفعل المأذون فيه شرعاً لم يقصد فاعله إلا الإضرار بالغير وفي أدائه مفسدة غالبة كبيع السلاح من أهل الحرب، وما يغش به ممن شأنه الغش ونحو ذلك فهذا ممنوع بلا شك.

رابعاً: إذ كان الفعل المأذون فيه شرعاً عندما يحصل منه إضرار بالغير ويكون فاعله قد قصد نفع نفسه وإضرار الغير معاً. مثاله المرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وللإضرار بالغير فهنا «لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن القاعدة أنه **«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»** لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير: هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد؟ فالجواب عن هذا السؤال يحتمل تفصيلاً، وهو أنه: أما أن يكون إذا رفع

ذلك العمل، أمكن تحصيل النفع للفاعل على وجه آخر، فحينئذٍ «لا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينتقل عنه ولا ضرر عليه» وأما أن لا يكون «له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير» فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبداً من استعماله.

أما عند الشاطبي فأن ما يثبت حقه الشرعي في أمر، فإنه يمنع من استعماله إذ لم يقصد من ذلك الاستعمال إلا الإضرار بالغير. هذا ولا غرابة في منع المسلم من قصد الإضرار بالغير، لأن السلوك السليم المطلوب من المسلم هو تحقيق لمصلحة العباد، ومقاصد الشريعة في الدرجة الأولى، لأن السلوك الذي يمس الواجب الديني التعاوني الذي ترمي إليه شريعتنا الغراء، مرفوض، لأن الشريعة بذاتها تستبعد الإضرار بالآخرين وتحذر من مخالفتها، لهذا فإن قصد الفاعل الإضرار بالغير أو تحقق الضرر للغير عند ممارسته لحقه أو مخالفته لما هو مشروع يعدّ معه منحرفاً عن السلوك السليم الواجب لاتباعه من قبل المسلم وبالتالي يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه ويمنع عن هذا القصد إضافة إلى مساءلته عما ينشأ عن فعله من أضرار.

الفَصْلُ الخَامِس

الضـــرر

تقوم المسؤولية على العلة المباشرة في وجوب الضمان أي على الضرر، وقد عرّف فقهاء الشريعة الضرر، بأنه كل أذى يصيب الإنسان في جسمه، أو يلحق به خسارة في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقص عينها، أو نقص منفعها، أو عن زوال بعض أوصافها، وبشكل عام، عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها، عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.

هذا وإذا كان الضرر مادياً كأن يصيب الإنسان في جسمه من جراح مترتب عليه تشويه أو عجز عن العمل، أو ضعف في كسبه، فإن هذا الضرر يستوجب الأرش، وهو قد يكون مقدراً في الشريعة أو متروك تقديره لحكومة العدل، هذا والأرش يعتبر عقوبة زاجرة، وهي واحدة، لا تختلف باختلاف المعتدي ذلك أنه تعويض عن الاعتداء على سلامة الإنسان، وهو حق للمتضرر إذ بمثل الضرر الماثل والواقع فعلاً والذي يمكن تقويمه، أما الضرر المتوقع فيما بعد، فلا تعوض عنه الشريعة. لأنه معدوم منذ حدوث واقعة الأذى بالجسم، وما دام الضرر المتوقع معدوماً فلا يجوز تعويضه بالمال.

هذا ويحسن بنا أن نعرض بعض الأمثلة التي طرحها فقهاء الشريعة، والتي تعطي صوراً عن الضرر وضمانه، إذ من خلال هذه الصور نستطيع أن نستخلص عناصر الضرر. وعلى هذا، فالتعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا بمقابل الضرر المالي الذي يلحق الشخص فعلاً، وهذا الضرر يكون هو السبب في دفع التعويض، والسبب هو الذي يفضي إلى مسببه

دائماً، أما المسبب الذي لا يلحق ضرراً لا يوجب به الضمان مثال ذلك:

إذا ذبح رجل شاة الآخر، وقد شارفت على الهلاك، ولا يرجى حياتها، وبالتالي فلا يضمن قيمتها سواء كان الذابح أجنبياً أم راعياً. استحساناً، إذ أنه بعمله هذا، لم يفوت عليه لحمها، على حين أنه يفوت عليه لو تركها فتلفت بدون ذبح، في حين أن المسألة تختلف، فيما لو كان مكان الشاة فرس مثلاً، فإن الذابح يضمن قيمتها وقت ذبحها وذلك بسبب إتلافه لها، وهذا ضرر بلا شك لحق بصاحبها، إذ من المحتمل برؤها[1].

فالشرط الأساسي إذن في الضمان هو وقوع الضرر، فمثلاً من ذبح للغير شاة للتضحية عينها له صاحبها، فلا مسؤولية على الذابح، وبالتالي فلا ضمان على الذابح لانتفاء الضرر. وكذلك إذا غير شخص، المغصوب، فلم يترتب على تغييره نقص قيمته، بأن ظلت كما هي، أو زادت فلا تبعة على الغاصب بخلاف ما إذا ترتب عليه نقص قيمته، إذ يضمن قيمة ما نقص، على أن هذا لا ينفي العقوبة على الغاصب لإقدامه على محظور، وعلى هذا نجد أن التعدي هو السبب في الضمان، بينما لا يضمن المتسبب إذا لم يكن متعدياً في التسبب مثال ذلك:

من حفر في المفازة بئراً، لا يضمن الحافر ما وقع فيها، لأن الحفر ليس بقتل حقيقة، بل هو تسبب إلى القتل، على أن هذا التسبب، قد يلحق بالقتل، إذا كان المتسبب متعدياً في التسبب، والمتسبب هنا ليس بمتعد، لأن الحفر كان في المفازة وهذا مباح فلا يلحق به.

لهذا فقد انعدم القتل حقيقة، وتقديراً، وبالتالي فلا يجب الضمان[2] فالمعتدي بالتسبب يضمن الضرر مثال ذلك: من صب الماء في الطريق وما إليها، وزلق به إنسان انكسرت رجله، أو عطبت دابته ضمن ذلك، لأن

---

(1) البغدادي ـ مجمع الضمانات ص 308 و360.

(2) الخرشي ج 6 ص 166.

(3) اللباب في شرح الكتاب ص 33 و44.

التلف والضرر كان بإحداثه هذه الأشياء، وهو هنا متعد في التسبيب، فما تولد منه يكون مضموناً عليه كالمتولد من الرمي.

وكذا نص الفقهاء على ضمان التلف بالترك، وعللوا ذلك في باب من ترك حائط داره المائل، وسقط فتلف به حيوان يضمن، لأن الضمان يجب بترك النقض المستحق، لأنه يصير متعدياً إلى الإتلاف[1].

وكذلك وجب الضمان على المباشر إذا اجتمع المباشر والمسبب لأن المباشر أولى. ومثالهم على ذلك: إذا اجتمع سائق وراكب، وأتلفت الدابة شيئاً، يضمن الراكب لا السائق في الصحيح، لأن الراكب مباشر فيه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى[2].

وكذا وجب الضمان على المباشر إذا اجتمع المباشر والآمر، إذ نص الشافعية، على أن الراش في المطرقات إذا جاوز العادة، ولو بأمر غيره، فالضمان عليه، لأنه المباشر، لا على الآمر لعدم مباشرته[3].

وهكذا يتضح لنا من هذه النصوص أن الضرر الناشيء سواء كان مباشراً أو كان تسبباً موجباً للضمان، على أن المتسبب يقتضي أن يكون موصوفاً بالتعدي، حتى يوجب الضمان، أما الضرر المباشر عن الفعل الضار، فلا يشترط فيه هذا الشرط، وعلى هذا نجد أن التلف، وهو الضرر يشكل عنصراً هاماً في المسؤولية، وهو ما يسميه فقهاء القانون بالركن المادي، أما فقهاء الشريعة فقد حددوا عناصر المسؤولية بثلاث عناصر وهي:

1 ـ التلف وهو العلة المباشرة في وجوب الضمان وهو الضرر.

2 ـ التعدي، وهو أن يكون بدون حق مشروع أو بحق ولكنه

---

(1) المرجع السابق نفس الصفحة.

(2) المرجع السابق ص 383.

(3) حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ج 2 ص 458.

متجاوز، ويسمى الخطأ عند القانونيين، وهي ما يسمى عندهم بإساءة استعمال الحق.

3 ـ المباشرة والتسبب اللذان نشأ عنهما التلف. وهو الرابطة السببية بين الخطأ والضرر.

هذه العناصر الثلاث باجتماعها تتكون المسؤولية، ولكن لسائل يسأل، هل المراد بالتعدي هو التعدي العمدي؟ أم مجرد الخطأ يكفي لقيام عنصر التعدي؟.

الواقع: أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين العمد والخطأ إلا في الجناية على النفس، بالقتل والجرح.

أما الجنايات المالية الواقعة على أموال العباد وحقوقهم، فالعمد والخطأ فيها سواء، إذ كل منهما موجب للضمان، وإلى هذا أشار المالكية، إذ ورد في نصوصهم ما يدل على أنهم لم يفرقوا بين الخطأ والعمد، بل سوّوا بينهما في الأموال، وإلى هذا أشار أيضاً ابن رشد فقال:

«هل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً أو خطأً، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب[1].

هذا وقد أشار ابن جزي في عدم التفرقة بين العمد والخطأ وأوجب الضمان في أي منهما فقال:

«فمن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبب في إتلافه، سواء فعل ذلك كله عمداً أو خطأ»[2].

لهذا نجد استبعاد فكرة العمد في الجرائم التي تقع على الأموال، والتعمد ليس بشرط لتحقق الضمان فيها، إذ المسؤولية تتحقق بمجرد

(1) ابن رشد بداية المجتهد ج 2 ص 311.

(2) ابن جزي القوانين الفقهية ص 319.

حصول التعدي، إذ القاعدة: أنه لا ينظر فيه إلى التعمد والقصد وإلى هذا أشار مصطفى الزرقا فقال:

«متى وجد التعدي، لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ، بل حتى في حالة الإضطرار المبيح للمحظورات»[1].

فالمسؤولية في ضوء ما تقدم تتحقق بمجرد توافر عناصرها وهي:

1 ـ المتعدي وهو سبب في حدوث الضرر.

2 ـ علة التضمين هو الضرر.

3 ـ شرط في السبب أو العلة وهو اتصاله بالضرر، وتحقق الرابطة بين التعدي والضرر مباشرة أو تسبباً، أي أن يكون الضرر نتيجة التعدي مباشرة أو تسبباً.

وعلى هذا يمكننا بالتالي أن نخلص إلى أن وجوب الضمان يتحقق بمجرد الفعل الضار سواء كان متعمداً أو متعدياً (إذ المباشر ضامن وإن لم يتعمد)[2].

فالإتلاف مباشرة، إنما هو فعل ضار، وهو إذ يتم بدون واسطة، ومن غير أن يتخلل فعل المتلف والإتلاف فعل آخر وجب الضمان، بمعنى أن المتلف فاعل مباشر»[3].

أما الإتلاف تسبباً، فيكون بإحداث أمر في شيء يفضى إلى تلف شيء آخر على جري العادة[4].

وهكذا يتبين لنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لم يشترطوا لإيجاب

---

(1) مصطفى الزرقا ــ المدخل الفقهي العام ج 1 ص 1032.

(2) مجلة الأحكام العدلية المادة 92.

(3) مجلة الأحكام المادة 887.

(4) أحكام المجلة المادة ــ 888.

الضمان، خطأ الفاعل بالمعنى المعروف في القانون الذي يشترط الإخلال بواجب قانوني، مع قصد الإضرار، أو على الأقل إمكان توقع حدوث الضرر منه، بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار، وهي ذاتها عمل غير مشروع، أو بالتعدي في حالة التسبب، وهو في نظرهم مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب، وعدم وقوع إهمال منه، أو عدم وقوع شيء من ذلك، ومع هذا فإن فكرة التعدي في الفقه الإسلامي، أخذت اتجاهاً أوسع، فهي لم تقتصر على الخروج عن حدود الحق، بل شملت عدم التبصر والإهمال والإساءة في استعمال الحق، فقيدت السلطة التي تخولها لصاحب الحق بواجبات تفرض عليه ـ عند استعمال هذه السلطة ـ التبصر والحرص بعدم المساس بحقوق الغير، والابتعاد عن قصد الإضرار بالغير، فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن قدرة الفاعل على التمييز والحرص، والتبصر، وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً، بعد أن كان تقديره في الأصل تقديراً موضوعياً يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق[1]، وبذلك اقتربت فكرة التعدي التي أخذت بها الشريعة الإسلامية من فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسؤولية، ومن يتتبع آراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، يجد، أنهم عبروا أحياناً عن التعدي بالخطأ وإلى هذا أشار صاحب مجمع الضمانات فقال:

«إنه لو رمى رجل عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر، فماتا، فعليه القصاص في الأول، والدية في الثاني على عاقلته، لأن الأول عمد والثاني أحد وجهي الخطأ»[2].

هذا والتعدي، إذ يعتبر مباشراً، قد يكون بفعل، أو يكون بإهمال وعدم الاحتراز، وهذا يؤدي في العادة إلى الضرر بالغير، وقد ضرب

(1) إميل تيان ـــ تقرير قدمه إلى المؤتمر الدولي للقانون المقارن 937 ص 10.

(2) البغدادي جمع الضمانات ص 166.

الفقهاء أمثلة على ذلك، مما يعتبر أنهم أخذوا بفكرة وجوب الحرص والتبصر، واعتبروا إهمال مراقبة الحيوان، يدعو للمساءلة، كما أخذت بفكرة التعدي والخطأ الناجم عن الترك، ومن هذا القبيل قالوا:

«إن قائد القافلة يضمن ما تتلفه إحدى الإبل في طريقها، لأن واجبه مراقبة حسن سير القافلة والتبصر في سوقها ليمنع حدوث ضرر فيها للغير».

وقالوا: «إن الحدّاد الذي لا يحترز من تطاير الشرر من موقده، إذا كان قد وضع الموقد على حافة حانوته، بحيث يحتمل معه أن يصيب شرره المارة، فهو ضامن للأذى الذي يلحق بالغير.

وكذا وجب الضمان عن الضرر الناجم عن الامتناع بالقيام بالواجب الإنساني، إذ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

«أنه حكم بالدية على من امتنع عن الظمآن حتى مات» وقاسوا على هذه الواقعة الامتناع عن إغاثة الملهوف إلى الطعام والشراب.

فمن امتنع عن إسعافه مع قدرته على ذلك ضمن في حال موت الجائع والعطشان لأن الامتناع يعتبر متسبباً، وسد الرمق واجب، فوجب الضمان، وكذلك قالوا بالضمان على امرأة تركت ولدها عند امرأة، وقالت لها: هو في حجرك حتى أرجع، فذهبت المرأة الثانية وتركته، فوقع الصغير في النار فعليها الدية للأم، وسائر الورثة، إن كان ممن لا يحفظ نفسه[1] فضمان المتسبب متفق عليه بين أصحاب أبي حنيفة، وبين مالك والشافعي بوجه الإجمال.

ماهية الضرر وأقسامه في الشريعة الإسلامية

عرضنا فيما سبق تعريف الضرر، ويحسن بنا هنا أن نفصل في مفهوم الضرر من خلال مداه وشروطه.

---

(1) محمود شلتوت تقريره للمؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي لعام 937.

الضرر: مشتق من مادة ضرر، والضرر هو نقص يدخل على الأعيان، أو هو ما يلحق بالشخص، أو المال، أو الحيوان.

وعرفه آخرون: بأنه إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي، والمقصود بالإتلاف، أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً، على أن يكون المتلف مالاً شرعاً، فما لم يكن كذلك، فلا يولد إتلافه مسؤولية[1].

وعلى هذا، يخرج الضرر الأدبي من التعويض، فإذا شتم شخص آخر، لا يكون له حق في طلب التعويض عن الشتائم، ولا يسأل الطاعن، إلا إذا كان طعنه لدى السلطان قد أدى إلى تغريم المطعون في حقه[2].

وعلى هذا فإن تعريف الضرر بالإتلاف الذي يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً، هو تعريف قاصر، أو قد نجد في الجراحات ما لا يفقد الشيء منفعة كلياً أو جزئياً، ومع ذلك فإن الضرر قائم بأجرة الطبيب وثمن الأدوية. لهذا نجد بعض الفقهاء، ميزوا بين الإتلاف والإفساد، هذه التفرقة قال بها المالكية، فذكروا الإتلاف، وهم بصدد الاستهلاك، ومثلوا له بقتل الحيوان، وتخريق الثوب، وقطع الشجر، وذكروا أن الإفساد على نوعين أحدهما أن يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع يد عبد، أو رجل دابة، والآخر، أن يكون الفساد يسيراً، كثقب الثوب[3].

هذا ويضع الأحناف ضابطاً، وهو إخراج الشيء المتلف عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، وهذا اعتداء وإضرار[4]، سواء كان الإتلاف صورةً أو معنىً، إن مجرد إخراج الشيء عن كونه صالحاً للانتفاع، فهو إتلاف صورة، أما الإتلاف معنىً فهو إحداث معنًى فيه، يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة، ففي هذان المفهومين لا يخرج الأمر فيهما عن أنهما اعتداء، وإضرار سواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة

---

(1) شفيق شحادة ــ النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية ص 178.

(2) المرجع السابق ذات الصفحة.

(3) ابن جزي القوانين الفقهية ص 318 و319.

(4) الكاساني بدائع الصنائع ج 7 ص 164.

بمحل التلف، أو تسبباً بالفعل في محل يقضي إلى تلف غيره عادة، لأن كل واحد منهما اعتداء وإضرار موجب الضمان[1].

ويبدو أن التعريف الضابط للضرر هو «إلحاق مفسدة بالغير»، وهذا يشمل الإفساد بنوعيه، من كل فعل يسبب ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً يقع على الآخرين» في شرفهم وحريتهم، وعاطفتهم بالقول والفعل.

هذا ويعتبر الضرر في الفقه الإسلامي شاملاً كل مفسدة، فهم يعبرون عن الضرر أحياناً بالاستهلاك، وأحياناً بالإتلاف، كما يعبرون عنه أحياناً بالإفساد[2].

فالمفسدة إذن يمكن أن تفقد الانتفاع كالاستهلاك، والفقهاء إذ يقصدون بالاستهلاك إخراج الشيء عن طبيعته الأساسية، بمعنى إخراجه عن أن يكون منتفعاً به كلياً، فكسر آنية مثلاً، بقصد الانتفاع منها، وكذلك حرق الثوب، ينعدم الانتفاع منه، وكذلك قتل الحيوان، كقطع رجل دابة، كما قد يكون الإفساد يسيراً، كالإفساد الذي يذهب بالوصف المرغوب في الشيء.

وواقع الأمر أن الأحناف قالوا: الفساد الذي يتلف الشيء كلياً، بأنه استهلاك، وإن كان جزئياً سمي بالإفساد، كما ويدخل في شموله النقصان، كمن يضع يده على عقار غيره سكناً، أو زرعاً، فقد انقص بذلك من منفعته، وكذلك لو غصب شخص عيناً لغيره، فأجرها، فإن العين تنقص بذلك بالاستعمال، وبالتالي، فالمغتصب يضمن هذا النقصان، وإلى هذا أشارت المجلة فنصت على أنه:

«لو طرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة»[3].

---

(1) الكاساني بدائع الصنائع ج 7 ص 165.

(2) حاشية الرملي على جامع الفضوليين ج 2 ص 91.

(3) مجلة الأحكام المادة 217.

وعلى هذا فإن النقصان في الغصب الموجب للضمان يتمثل في صور عدة وهي:

1 ـ فوات جزء من العين، وهذا موجب للضمان.

2 ـ فوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر، وكذا تغيير الوصف في الحبوب كاليبس في القمح، وهذا موجب للضمان عدا أموال الربا.

3 ـ فوات معنى مرغوب فيه كالعبد، إذا كان محترفاً فنسي الحرفة، أو كان شاباً فأضحى شيخاً، وهذا موجب للضمان[1].

اختلاف الضمانات

الأصل أن الضمان يتحقق نتيجة تحقق المسؤولية، بالفعل الضار، على أن تحقق الضمان، قد يكون حالاً بمجرد وقوع الفعل الضار، أو قد يكون متراخياً إلى ما بعد،أما إذا كان الضرر جاء نتيجة انخفاض الأسعار، فهذا لا يوجب الضمان.

في ضوء ما ذكرناه نستطيع القول إن نقصان المنافع موجب للضمان باعتباره يلحق ضرراً، لأن الانتفاع، يقوّم بمال، سواء كان الانتفاع بعقد أو بلا عقد، فيجب الضمان على متلفها، وذلك تحقيقاً لمصالح الناس، وقطعاً لدابر المتسلطين والمفسدين، وإلى هذا أشار عز الدين بن عبد السلام فقال:

المنفعة مباحة متقومة فتجبر في العقود الفاسدة والصحيحة، والفوات تحت الأيدي المبطلة والتفويت بالانتفاع، لأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال، فلا فرق بين جبرها بالعقود، وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية أو داراً قيمتها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعين سنة، ينتفع بها منافع

(1) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 183، الأتاسي شرح المجلة ج 3 ص 429.

تساوي أضعاف قيمتها، ولم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيداً عن العدل والإنصاف الذي لم ترد الشريعة بمثله ولا بما يقاربه»[1].

اختلاف الضمانات باختلاف صور الضرر:

علمنا أن الضمان يختلف حسب ماهية الضرر ومداه؛ فالضمان إذن قد يكون محدوداً عند وقوع التعدي، بمعرفة مقدار الضرر، حالاً أو متراخياً ففي هذه الحالة يتجدد الضمان بتجديد الضرر، بحيث يتناسب مقدار الضمان مع ماهية الضرر، أما إذا كان التعدي قد تحقق، ولكن مقدار الضرر لم يعرف بعد، كما هو الشأن في الجنايات، والشجاج، ففي هذه الحالة، لا يقاد جرح، إلا بعد برئه[2]، والمستند في ذلك قول رسول الله ﷺ إنه «نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه»[3].

وهذا بمعني أن الجراح يقتص فيها من فاعلها حسب مآلها، ومرد ذلك، أن الجرح قد يتفاقم، ويؤدي من حيث المآل إلى الموت، لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل، وبهذا فلا يعلم، ولا يجزم بأنه جرح إلا بالبرء، فيستقر به الحال[4].

وعلى هذا فإن المعتبر في الضرر الواقع على النفس، هو ما يؤدي إليه من حيث المآل، فالجرح إن آل إلى الموت، وكان عمداً وجب القصاص، وإن كان خطأً وجبت الدية، وإن أدى الجرح إلى العطب والقطع، وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ.

فالمعيار إذن في الضمان أو القصاص، بتحقق الضرر في الحال أو في المآل، ذلك أن الضرر المحقق وقوعه في المستقبل بمنزلة الضرر

(1) عز الدين عبد السلام قواعد الأحكام ج 1 ص 171 و 172.

(2) ابن عابدين ـ رد المختار ج 5 ص 543.

(3) رواه أحمد والدارقطني.

(4) الزيلعي تبين الجقائق ج 6 ص 138.

المحقق وقوعه في الماضي وعلى هذا، فإذا انتفى الضرر انتفى الضمان، فالضمان إذن لا يتحقق إلا في ضرر محقق أما الضرر المحتمل، فلا ضمان عليه وإلى هذا أشار السرخسي فقال:

«لو ضرب إنسان ضربة لا أثر لها في النفس لا يضمن شيئاً» أما لو ضرب وانتج الضرب ضرراً، كما لو ضرب رجل امرأة، فألقت جنيناً ميتاً، أثر الضرب، وجب على العاقلة غرة، لأن الغرة تعويض عن الجنين الذي سقط عقب الضرب، أما لو لم تلق جنيناً لا تجب بمجرد الضرب.

الضمان في تفويت المصلحة العامة:

تفويت المصلحة عند فقهاء الشريعة توجب الضمان، وهذا ما نجده مقرراً عندهم، من خلال النصوص الفقهية، فمثلاً لا شك أن المصلحة العامة يقتضي أن يكون هدف كل إنسان، وخاصة الإمام والولادة، والقضاة، وما إليهم من العاملين والموظفين، كل في دائرة اختصاصه، لأن الأصل، أن تكون الأعمال للمصلحة العامة، أي للأمة، لهذا كان الهدف تحقيق المصلحة العامة، ودرء المفسدة، لأن المصلحة في العرف الفقهي هي المنفعة.

وعلى هذا، فإن الشريعة الإسلامية، حرّمت المس بالمصلحة العامة، واعتبرت كل من يمس المصلحة العامة مسؤولاً، وإذا كانت الشريعة قد توعدت الإمام بالعذاب الأليم في الآخرة، إذا تصرف تصرفاً لا مصلحة للأمة فيها، فإن هذا مستمد من قول رسول الله ﷺ: **«ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله تعالى عليه الجنة»**[1].

من هذا يتضح، أن هناك مسؤولية دنيوية تقع على الإمام، لأنه في

(1) حديث متفق عليه.

مسّ مصلحة الأمة وإهدارها، تفويت لمصالحهم النافعة، وبالتالي، فالجزاء الدنيوي إذن، محقق أيضاً، إذ الحديث الشريف ينص «أن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يده أوشكوا أن يعمهم الله بعقاب من عنده»[1].

وكذا يعتبر مساً في المصلحة إذا زوج الإمام امرأة بغير كفء لها، أو إذا عفا الإمام عن القصاص دون أي بدل[2].

هذا كما يدخل في عداد مسّ مصلحة الجماعة اعتزال الحاكم عن الناس واحتجابه عنهم، مما يعتبر تصرفه هذا إهمالاً لمصالح الرعية، وقد سأل عمر بن الخطاب سعد بن أبي وقاص عندما احتجب عن الرعية في قصره، أمر بإحراقه القصر ذلك أنه أجدر بالقاضي أن لا يحجب عنه أحد، ويجنح المذهب المالكي إلى القول، بأنه لا يصلح عمال الحكومة وموظفيها في أيامنا، إلا بتضمينهم بسبب تفريطهم، في أداء واجباتهم وإخلالهم بمصالح الأمة[3].

المسؤولية عن الضرر الأدبي:

المراد بالضرر الأدبي. هو إنزال مفسدة، أو إلصاق صفة سيئة في شخصية الآخرين، تنال من كرامتهم وشخصيتهم بين الناس، وبمعنى أدق هو كل ما يمس سمعة الآخرين، ويمس شعورهم، ويسؤوهم في دينهم وعرضهم وشرفهم ومكانتهم في المجتمع، كالقذف والشتم، والسب، أو الضرب بما لا يترك أثراً، فهو ضرب يمس كرامتهم، والأمثلة على ذلك كثيرة منها: اتهام شخص في أمانته كأن يقول له يا سارق، أو اتهامه في عقيدته كأن يقول له يا كافر، أو الإساءة في سمعته، والنيل منه بالتهديد بالقتل، أو الإرهاب، أو بالاعتداء على النفس أو المال، كل هذه أضرار

---

(1) السيوطي الأشباه والنظائر ص 109.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

(3) الطرابلسي معين الحكام ص 190.

معنوية تمس الكرامة سواء كانت الإهانة الأدبية مقرونة بالضرب أو كانت على وجه الاستقلال، كما تمس المعاني الإنسانية للمرء، وهذا ما تراه مألوفاً في عصرنا عند طبقة العوام، الذين لم يصقلهم الخلق، ولم يردعهم الوازع الديني، لذلك جنحت الشريعة تقويماً للأخلاق، إلى معاقبة هؤلاء، وهذا ما نلمسه في الشريعة الإسلامية من نصوص عديدة منها مثلاً: قوله تعالى في معاقبة من يرمون المحصنات:

﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[2].

وروي عن رسول الله ﷺ: «أنه عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث»[3] وكذلك نص الفقهاء، على أنه، لو ضرب شخص آخر أسواطاً، ولم يكن لها أثر ،لا شيء في ذلك، وقال أبو يوسف: عليه الأرش، وهي حكومة العدل[4].

وذهب الشافعية، على أنه لو جرح إنسان آخر وبرىء، ولم ينقص أصلاً، فإنه يعزر فقط إلحاقاً للجرح باللطم والضرب للضرورة، وقيل يفرض القاضي شيئاً باجتهاده، ورجحه البلقيني[5].

نخلص مما تقدم، أن التعزير مشروع، وهو جزاء لا يحدد، إنما هو

---

(1) سورة النور، الآية: 4.
(2) سورة النور، الآية: 23.
(3) الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج 3 ص 207.
(4) ابن عابدين ـ الدر المختار ج 5 ص 576.
(5) زكريا الأنصاري ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ج 4 ص 161.

مقابل، ما يؤذي الكرامة ويخدش السمعة أو العرض، هذا الجزاء، إذن يعوض عن كل ضرر معنوي. وهو مطلق للإمام، ومفوض لرأيه، وإذا كان في دائرة تغيير المنكر، فهو يشمل التوبيخ والهجر، والضرب فما فوقه، أحياناً.

فالتعزير إذن تختلف صوره حسب ماهية الذنب واختلافه، ويقول ابن قيم الجوزية في هذا الخصوص.

«اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في معصية ليس فيها حدّ بحسب الجناية في العظم والصغر، وحسب الجاني في الشر وعدمه»[1].

ويقول الماوردي أيضاً، بخصوص التعزير، «إنه تأديب استصلاح وزجر، يختلف بحسب اختلاف الذنب»[2].

هذا والتعزير إذ يتعلق بحق للآدمي، فلا يملك ولي الأمر العفو فيه، إلا إذا عفا صاحب الحق، ويقول الماوردي أيضاً بهذا الشأن.

«لو تعلق بالتعزير حق الآدمي، كالتعزير في الشتم والمواثبة، ففيه حق للمشتوم والمضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهذيب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه، حق المشتوم والمضروب عليه، وعليه أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم والضارب، فإن عفا المضروب والمشتوم، كان ولي الأمر. بعد عفوهما على خياره، في فعل الأصلح، من التعزير تقويماً والصفح عنه عفواً»[3].

التعزير بمقابل مالي:

علمنا فيما سبق مفهوم التعزير، ولكن السؤال الذي يرد، هل يجوز التعزير عن طريق أخذ مبلغ مالي غرامة، وهي بمثابة تعويض عن الضرر؟.

---

(1) الطرابلسي ـ معين الحكام ص 190.

(2) الماوردي الأحكام السلطانية ص 227.

(3) الماوردي الأحكام السلطانية ص 229.

ذهب أبو يوسف إلى القول: «بجواز التعزير بأخذ المال» ومع ذلك فقد اختلف النقل عن أئمة المذاهب بالجواز أو عدمه[1].

ونقل الشلبي عن الفتح وغيره، أن مذهب الشيخين أبي حنيفة، وأبي يوسف وكذا مالك وأحمد والشافعي عدم الجواز[2].

وعلى هذا فإن الإمام أحمد والشافعي ومالكاً لا يقولون بجوازه، وإن المتأخرين من المالكية يفتون بجوازه؛ ومن يستعرض التاريخ أو النصوص الفقهية يجد فيها تطبيقات بجواز التعزير بأخذ المال منها مثلاً.

إن عمر رضي الله عنه قد عزر من أسقط عنه الحد وغرمه ضعف المسروق. وكذلك نقل ابن قيم الجوزية أنه روى عن رسول الله ﷺ أنه عزر بحرمان النصيب المستحق من السلب، وأخبر عن تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله، وعزر بالعقوبات المالية في عدة مواضع، وعزر من مثّل بعبده بإخراجه عنه، وإعتاقه. . . ولم يعرف أنه عزر بدرة، ولا حبس ولا سواد، وإنما حبس في تهمة ليتبين حال المتهم[3].

هذا وذكر ابن قيم أيضاً عن هشام بن عروة عن أبيه عن ابن حاطب:

«إن غلمة لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فأتى بهم عمر، فأقروا، فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب، فجاء فقال له: إن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة، فأقروا على أنفسهم، فقال عمر: يا كثير بن الصلت اذهب فاقطع أيديهم فلما ولى بهم ردهم عمر ثم قال: أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجبعونهم، حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له، لقطعت أيديهم وايم الله، إذ لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك، ثم قال: يا مزني بكم أريدت منك ناقتك؟ قال: بأربعمائة، قال عمر: اذهب فاعطه ثمانمائة».

---

(1) الزيلعي ــ تبيين الحقائق ج 3 ص 208.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

(3) ابن قيم الجوزية ــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.

كما جرى التعزير بأخذ المال عدم حضور الرجل صلاة الجماعة، إذ جاء في رسائل ابن نجم ما نصه «وفي الخلاصة، سمعت من ثقة، أن التعزير بأخذ المال، إن رأى القاضي ذلك، أو الولي جائز». ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة، يجوز تعزيره بأخذ المال، كما أن إحراق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية، وصار يحكم في داره، هذا التحريق للقصر، إنما هو إتلاف له، كإتلافه على صاحبه، بأخذ المال منه غرامة، لهذا فالتعزير بأخذ المال جائز بهذا المستند.

وهكذا نجد أن في كتب الفقه في المذهب الحنفي تطبيقات على إيقاع التعزير بأخذ المال[1] أما حجة من قالوا بمنع.جواز التعزير بأخذ المال رأوا أن التعزير عقوبة، والشرط في العقوبة المماثلة، ولا مماثلة بين المال، والأمور المعنوية، إذ الاعتداء على شرف الإنسان أو كرامته لا يقوم بمال، وبالتالي، فلا يمكن أن تتم المماثلة، لأن الاعتداء على الكرامة والسمعة لا يمكن أن يلتئم. هذا كما اشترط أن المماثلة، محلها التفويضات المالية، كما في القصاص والجروح ونحوها، ففي هذه يمكن مراعاة المماثلة فيه، وهذا مجد ومفيد، على أنه عندما تتعذر المماثلة فيلجأ إلى الأرش، وحكومة العدل.

هذا الرأي قد يكون مقبولاً، ذلك أن المماثلة قد تستحيل، والتطبيقات تفيد في كثير من الأحيان عدم المماثلة مثلاً. الإنسان يجبر بالإبل في الدية. مع أنها هذه ليست مماثلة، أو ليست جنس الإبل، ولا من جنس أعضائه، وما دام لا يمكن المماثلة، ولا تفيد، لهذا يعدل عنها، كما هو الشأن في الإتلافات المالية نفسها، إذ لا يمكن إتلاف مال المتلف مقابلة لإتلافه مال الغير، وإن صح ذلك تفاقم الضرر، فضلاً عن أنه لا

(1) ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين ج 3 ص 32 و33.

(2) ابن نجيم الرسالة الثالثة عشرة في إقامة القاضي التعزير على المفسد من غير توقف على مدع مطبوعة بحاشية الحموي على الأشباه ص 47.

يمكن دائماً المماثلة في الإساءة بالكرامة، إذ من غير المقبول، أن يمس كرامة المسيء مثل ما مسّ كرامة غيره، ولو صح ذلك لعمت الفحشاء بين الناس، ولساد سوء الأخلاق، لهذا فإن البدل الصحيح هو العقاب بما يحقق الردع والزجر، بما فيه استئصال الفساد.

من هذا المنطلق، كان التعزير منوطاً بتقدير المحاكم. بحيث تكون الوسيلة المجدية في القمع والتأديب. ولعل هذا ما يدعو إلى اختلاف في زيادة الجلد تبعاً للغاية المقصودة منه، لهذا قال الفقهاء بجواز زيادة الجلد في التعزير عن عشر جلدات، وحجة من قال في جواز ذلك، أن عمر بن الخطاب، أتى بسكران في رمضان فضربه مائة، ثمانين حد الخمر، وعشرين لهتك حرمة الشهر، كما روي عن عبد الرحمن بن أزهر قال: رأيت رسول الله ﷺ يوم صفين وهو يتخلل الناس، يسأل عن منزل خالد بن الوليد، فأتى بسكران. قال: فقال رسول الله ﷺ، لمن عنده فضربوه بما في أيديهم، قال: وحثا رسول الله ﷺ عليه التراب[1].

وخلاصة القول: أننا نرى اختلاف التعزير بالضرب، أو بأخذ المال، أمر فيه مصلحة المجتمع، إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، ففساد الأخلاق واختلاف الزمن يدعوان الحاكم إلى إيقاع الصورة التي يراها صالحة في التعزير، فقد يلجأ إلى المال، إذا رآها زاجراً، إذ يلجأ إلى فرض الحبس، وإيقاع الضرب، أو الهجر والتأديب، وغير ذلك من العقوبات البدنية التي يراها ناجمة في الإصلاح. ولها أثرها على النفس زجراً وتأديباً، إذ على الحاكم، أن يتخذ من صور التعزير أبلغها في الإصلاح والتقويم، لهذا ففرض الغرامة المالية تعويضاً عن الأضرار الأدبية أو المعنوية التي تنجم عن المس بالشرف أو السمعة أو العقيدة، قد تكون أمضى من التأنيب أو التوبيخ أو الضرب.

---

(1) القرطبي ــ ج 2 ص 165 والشرح الكبير ج 1 ص 352 وما بعدها.

التعويض عن الضرر الأدبي وانتقاله إرثاً:

من المسلم به أن التعويض عن الضرر الأدبي هو حق للمضرور، وإذا كان الأمر كذلك، فمن الحق أن نقول: إن هذا الحق من طبيعته أن يكون قابلاً للميراث، بناءً على طلب الوارث، فإذا لم يطلب، لا يحكم له بالتعويض، لأنه حق متصل بالإرادة والمشيئة الخاصة، لهذا كان العفو عنه وارداً، وما دام الأمر كذلك، فلا يملك الحاكم إسقاطها، إذا طلبها المتضرر، وهو صاحب الاستحقاق بها، وقد اتفق الفقهاء، على أن القصاص حق يجري فيه الإرث، حتى أن من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن، كان القصاص بين الصبي وبين ابن الابن[1] ذلك أن العوض المالي قابل للانتقال إرثاً أمام القضاء قبل تحديده، فمن باب أولى أن ينتقل بعد التحديد باتفاق أو تحكيم.

هذا والسؤال الذي يطرح نفسه في الشريعة الإسلامية. حالة وفاة المصاب، فهل للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، أن يحكم لهم بالتعويض عما يصيبهم من ألم وحزن من جراء موت المصاب؟.

المسلم به شرعاً، إن عقوبة القتل العمد، لا تخلو من القود أي القصاص أو الدية، وهي بدل مالي عن النفس في غير حالة العمد، فإذا طالب أولياء القتل. بالقود ونفذ فعلاً، فلا يعد لهم شرعاً طلب الزيادة. لأن حقهم انحصر في القصاص، وقد استوفوه، أما إذا عفوا عن القاتل، وطلبوا التعويض المالي وهو الدية، فلهم ذلك، وبما أن الدية محددة ومقررة شرعاً، فلا تجوز الزيادة عليها إلا في حالة رضاء الجاني.

على أن المالكية ذهبوا أن ولي الدم ما دام له القصاص فله الإعفاء مجاناً، كما له أن يعفو عن الدية كلها، أو أقل منها، كل ذلك برضا الجاني، واتفاقاً فيما بين ولي الدم والجاني.

أما عند أبي حنيفة فإنه في القتل العمد موجب للقود، أي لتوقيع

(1) الزيلعي تبيين الحقائق ج 6 ص 114.

القصاص، ولا يبدل مالاً إلا بالتراضي والاتفاق بين المتضررين والجاني، لهذا يصح الصلح بمثل الدية أو أكثر[1].

هذا كما أنه ليس لولي الجناية عندهم العدول إلى أخذ الدية إلا برضاء القاتل، وبالتالي فقد نصوا على أن الدية، إذ هي مقررة شرعاً، فلا يجوز إذن الزيادة عنها ولو صلحاً، لأن الزيادة عندهم تعتبر ربا، على خلاف القصاص. فهو ليس بمال، لهذا كان التقويم إذ يتم بالعقد فيقدر إذن بما أوجبه الصلح أقل أو أكثر[2].

نخلص من ذلك أن الزيادة في الدية التي هي التعويض المالي، لا تجوز إلا برضا الجاني في القتل العمد.

هذا والدية تنتقل إلى الورثة، وهي حق لهم تبعاً للإرث، فهم يتلقونها بسبب الضرر تلقياً عن الميت، إذ ينفق منها ديونه وتجهيزه، وتكفينه وتنفق منها وصاياه[3].

وعلى هذا فقد نص الفقهاء على أن ولي الدم هو وارث المال من ذكر أو أنثى بفرض أو تعصيب[4]، وإذا كان الأمر كذلك فمن المسلم به أن القصاص والدية تكون ميراثاً لكل الورثة، بالسبب والتسبب جميعاً. أي أن القصاص والدية موروثتان بين الورثة، إذ أن القصاص يعتبر بدلاً للنفس، فينقسم بين الورثة شأنه شأن الدية، وتنفذ منه وصايا الميت كسائر أمواله[5].

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن فرض التعويض المالي الزائد عن المقدار المفروض في الشريعة الإسلامية، لا يقبل إلا عن تراض واتفاق بين الجاني وورثة الميت المعتدى عليه.

---

(1) الماوردي الأحكام السلطانية ص 222.

(2) ابن عابدين ردالمحتار ج 5 ص 548.

(3) الشرقاوي حاشية على شرح التحرير ج 2 ص 374.

(4) الماوردي الأحكام السلطانية ص 222.

(5) الشلبي حاشيته على تبيين الحقائق ج 6 ص 114.

التعويض عن الضرر الأدبي وانتقاله إرثاً:

من المسلم به أن التعويض عن الضرر الأدبي هو حق للمضرور، وإذا كان الأمر كذلك، فمن الحق أن نقول: إن هذا الحق من طبيعته أن يكون قابلاً للميراث، بناءً على طلب الوارث، فإذا لم يطلب، لا يحكم له بالتعويض، لأنه حق متصل بالإرادة والمشيئة الخاصة، لهذا كان العفو عنه وارداً، وما دام الأمر كذلك، فلا يملك الحاكم إسقاطها، إذا طلبها المتضرر، وهو صاحب الاستحقاق بها، وقد اتفق الفقهاء، على أن القصاص حق يجري فيه الإرث، حتى أن من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن، كان القصاص بين الصبي وبين ابن الابن[1] ذلك أن العوض المالي قابل للانتقال إرثاً أمام القضاء قبل تحديده، فمن باب أولى أن ينتقل بعد التحديد باتفاق أو تحكيم.

هذا والسؤال الذي يطرح نفسه في الشريعة الإسلامية. حالة وفاة المصاب، فهل للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، أن يحكم لهم بالتعويض عما يصيبهم من ألم وحزن من جراء موت المصاب؟.

المسلم به شرعاً، إن عقوبة القتل العمد، لا تخلو من القود أي القصاص أو الدية، وهي بدل مالي عن النفس في غير حالة العمد، فإذا طالب أولياء القتل. بالقود ونفذ فعلاً، فلا يعد لهم شرعاً طلب الزيادة. لأن حقهم انحصر في القصاص، وقد استوفوه، أما إذا عفوا عن القاتل، وطلبوا التعويض المالي وهو الدية، فلهم ذلك، وبما أن الدية محددة ومقررة شرعاً، فلا تجوز الزيادة عليها إلا في حالة رضاء الجاني.

على أن المالكية ذهبوا أن ولي الدم ما دام له القصاص فله الإعفاء مجاناً، كما له أن يعفو عن الدية كلها، أو أقل منها، كل ذلك برضا الجاني، واتفاقاً فيما بين ولي الدم والجاني.

أما عند أبي حنيفة فإنه في القتل العمد موجب للقود، أي لتوقيع

---

(1) الزيلعي تبيين الحقائق ج 6 ص 114.

القصاص، ولا يبدل مالاً إلا بالتراضي والاتفاق بين المتضررين والجاني، لهذا يصح الصلح بمثل الدية أو أكثر[1].

هذا كما أنه ليس لولي الجناية عندهم العدول إلى أخذ الدية إلا برضاء القاتل، وبالتالي فقد نصوا على أن الدية، إذ هي مقررة شرعاً، فلا يجوز إذن الزيادة عنها ولو صلحاً، لأن الزيادة عندهم تعتبر ربا، على خلاف القصاص. فهو ليس بمال، لهذا كان التقويم إذ يتم بالعقد فيقدر إذن بما أوجبه الصلح أقل أو أكثر[2].

نخلص من ذلك أن الزيادة في الدية التي هي التعويض المالي، لا تجوز إلا برضا الجاني في القتل العمد.

هذا والدية تنتقل إلى الورثة، وهي حق لهم تبعاً للإرث، فهم يتلقونها بسبب الضرر تلقياً عن الميت، إذ ينفق منها ديونه وتجهيزه، وتكفينه وتنفق منها وصاياه[3].

وعلى هذا فقد نص الفقهاء على أن ولي الدم هو وارث المال من ذكر أو أنثى بفرض أو تعصيب[4]، وإذا كان الأمر كذلك فمن المسلم به أن القصاص والدية تكون ميراثاً لكل الورثة، بالسبب والتسبب جميعاً. أي أن القصاص والدية موروثتان بين الورثة، إذ أن القصاص يعتبر بدلاً للنفس، فينقسم بين الورثة شأنه شأن الدية، وتنفذ منه وصايا الميت كسائر أمواله[5].

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن فرض التعويض المالي الزائد عن المقدار المفروض في الشريعة الإسلامية، لا يقبل إلا عن تراض واتفاق بين الجاني وورثة الميت المعتدى عليه.

---

(1) الماوردي الأحكام السلطانية ص 222.

(2) ابن عابدين ردالمحتار ج 5 ص 548.

(3) الشرقاوي حاشية على شرح التحرير ج 2 ص 374.

(4) الماوردي الأحكام السلطانية ص 222.

(5) الشلبي حاشيته على تبيين الحقائق ج 6 ص 114.

في شروط الضرر بوجوب الضمان:

عرفنا أن الضرر نتيجة للاعتداء، هو ما يحقق وقوعه من أذى في المال أو النفس، أو ما يصيب المرء في سمعته واعتباره وشرفه عمداً كان أو خطأ وسواءً كان بالمباشرة أو بالتسبب، وهو العلة المنتجة في وجوب الضمان، وبهذا يتحقق الضرر في العمد والخطأ. ففي العمد يكون شرطاً في قواعد المسؤولية الجنائية الواقعة على أبدان الآخرين فرداً كان أو جماعة، كما أن الإضرار بالأموال، وهو الإتلاف، فقد يكون عمداً، أو خطأ، إذ العمد إذا أطلق عند الفقهاء قصد به ما يشمل العمد والخطأ، وبالتالي فالضرر يصيب الشخص في حق من حقوقه، كحق الحياة وحق الملكية، وحق الانتفاع، أو في مصلحة من مصالحه المشروعة.

هذا وإذا كان الضرر هو العلة المؤثرة في تحقق الضمان، فما هي إذن شروط الضرر، المنتجة لهذا الأثر؟.

يشترط في الضرر الموجب للضمان أو التعويض شروط هامة وهي:

1 ـ أن يكون المتلف مالاً، لهذا فلا يتحقق الضمان في إتلاف قطرة ما أو قبضة تراب، أو إتلاف ميتة[1] باعتبار هذه ليست بمال.

2 ـ أن يكون المال متقوماً، أي له قيمة بنظر الشريعة، لهذا فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر المسلم، لأن خمر المسلم ليس بمال متقوم بالنسبة للمسلم، وهذا تبعاً لعدم مسؤولية متلف خمر المسلم. . أما إذا أتلفها المسلم على ذمي فإنه يضمنها، .لأنها مال عندهم في مذهب الحنفية خلافاً للشافعي وأحمد وداود فلا ضمان في شيء من ذلك لأنها ليست بمال متقوم.[2] واستدل الحنفية بذلك بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين سأل عماله، ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا

---

(1) عرف المالكية المال فقالوا: هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه. الشاطبي الوافقات ج 2 ص 17.

(2) ابن عابدين رد المحتار ج 5 ص 174. ابن حزم المحلي ج 8 ص 147.

ننشرها، فقال: لا تفعلوا، ولوّهم بيعها، وخذوا أثمانها، فقد جعلها مالاً متقوماً في حقهم، حيث جوّز بيعها، وأمر بأخذ العشر من الثمن.

3 ـ أن يكون المال مملوكاً إذ ما لا مالك له فهو من المباحات وإتلاف المباحات التي لا يملكها أحد لا توجب الضمان.

4 ـ أن يكون المال محترماً ويكون في إيجاب التضمين فائدة، إذ لا ضمان على مال الحربي إذا أتلفه المسلم في دار الحرب، كما لا على الحربي الضمان إذا هو أتلف مال المسلم، وكذا لا على الباغي إذا أتلف مال العادل، ولا على العادل إذا أتلف مال الباغي، إذ لا فائدة على وجوبه التضمين، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لانعدام الولاية[1].

هذه هي شروط الضمان في المال المُتْلَف ولكن السؤال الذي يرد هل هناك شروط لتحقق الضمان بالنسبة للمُتْلِف؟ يرى الكاساني أنه يشترط في المُتْلِف أن يكون من أهل وجوب الضمان عليه، فإذا أتلفت بهيمة مال إنسان فلا ضمان على مالكها لأن فعلها جبار.

وكذلك لا يشترط في المُتْلِف أن يكون عالماً بأن المُتْلَفْ غيره، بمعنى أنه لو أتلف مالاً ظناً منه أنه ماله، فإذا هو مال غيره فيضمنه في هذه الحالة، لأن الإتلاف أمر حقيقي وواقعي. وبالتالي فلا يتوقف وجوده على العلم، وكذا في حالة الأخذ أي أنه لو أخذ شخص مالاً على أنه له، فإذا هو مال سواه، فيضمنه أيضاً، أو يعبر ذلك غصباً، وإن خلا من الإثم، وكذلك بالنسبة للجهل، فهو ليس بمسقط للضمان، إنما هو مسقط للإثم[2].

والخلاصة في وجوب الضمان وتحقق شروطه، أن يكون الضرر قائماً، إذ لا يجب الضمان إذا لم يتحقق الضرر، مثاله كمن قلع سناً لصغير

(1) الكاساني بدائع الصنائع ج 7 ص 168.

(2) الشربيني ــ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج 2 ص 279.

فنبت مكانها سن أخرى، لا يضمن السّن الأولى، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسده حيث نبت مكانها سن أخرى، وبالتالي فلم تفت المنفعة به ولا الزينة[1].

(1) الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج 6 ص 137.

الفصل السادس

رابطة السببية في المسؤولية

المعروف في القانون أن المسؤولية لا تقوم على حصول الضرر ووقوع الخطأ من شخص بل لا بد من ارتباط الخطأ بالضرر، أي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر لحدوث الضرر وفي غير هذا فلا مسؤولية، فالرابطة السببية إذن تتحقق عادة، إما بتعدد الأسباب، أو بتسلسل النتائج المترتبة على سبب واحد.. بمعنى أنه في هذه الحالة فالرابطة السببية لا تعتبر متوفرة إلا بالنسبة للأضرار المباشرة الناجمة عن الخطأ.

أما الشريعة الإسلامية فلم تستعمل اصطلاح الرابطة السببية في الضمان بل المعروف منها أنها استعملت في الفعل الخاطىء أو التعدي، لفظ السبب أو العلة الذي نشأ عنها الضرر. كما وبحثت في الصلة بين السبب والمسبب أي بحثت بين العلة والمعلول والصلة الحتمية القائمة بينهما، في غير تحقق هذا لا تعتبر المعلول معلولاً لعلة أثرت فيه، ولا كان المسبب مسبباً عن سبب قائماً فيه، وعلى هذا قالوا لا بد من تقدم السبب بأن يكون فاعلاً في المسبب أي متقدماً عليه.

كما أن العلة تقتضي استلزام تقدمتها عن المعلول وبحث هذا في حقيقة الأمر يفيد معنى تحقق الرابطة واشتراطها في الضمان لتحقق المسؤولية، وإلى هذا أشارت المادة / 922 من مجلة الأحكام العدلية، إذ نصت:

«لو أتلف أحد مال آخر أو نقص قيمته تسبباً، يعني لو كان سبباً مفضياً إلى تلف مال، أو نقصان قيمته، يكون ضامناً».

وعلى هذا فإن الإتلاف الموجب للضمان يقتضي أن يكون هناك تعدي من الفاعل وأن يكون هذا التعدي هو السبب المفضي إلى الإتلاف أي أن لا يكون للإتلاف سبب آخر وهذا يقتضي حتماً أن لا يكون بين السبب والتلف فعل فاعل آخر، يضاف إليه لا إلى السبب إذ يعتبر في هذه الحالة هو المباشر. وما دام الأمر كذلك فيقتضي أن نبحث مفهوم السبب والعلة عند الفقهاء، ومفهوم المباشر والتسبب عندهم وكذا تعدد الأسباب والتضامن بين الفاعلين. أو المتسبب دون المباشر وتضمين المتسبب وحده دون المباشر، أو تضمينها معاً ثم نبحث أخيراً في تسلسل النتائج كل ذلك لتوضيح المفهوم الذي استعيض عن اصطلاح الرابطة السببية.

1 ـ السبب والعلة عند الفقهاء:

المراد بالسبب عند الفقهاء هو ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير والمراد به هنا الأثر الثابت»[1].

أما العلة فهي ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة[2]، أو هي: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً مؤثراً فيه»[3] كما عرفت العلة، بأنها كل وصف ظاهر منضبط دل السمع على كونه معرفاً لحكم شرعي.

وعلى هذا نجد أن الفرق بين العلة والسبب أن العلة مؤثرة وإن الأثر يوجد عندها أما السبب فهو الذي يوصل بمنطق الأشياء إلى الأثر بحسب ما جرت عليه العادة. مثال ذلك قيادة السيارة وحدوث صدم بها لشخص ما، نجد أن قيادة السيارة هي السبب في حدوث الصدم فهي السبب إذن في حدوث الضرر، أما العلة في وجود الضرر هي سير السيارة وقوتها وعندها وجد الضرر.

---

(1) شرح التلويح ج 2 ص 122 و137.

(2) محب الدين عبد الشكور حليم الثبوت ج 2 ص 260.

(3) الجرجاني التفريقات ص 103.

المباشرة والتسبب:

نصت مجلة الأحكام العدلية بقولها:

إن الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر[1] ويرى الكاساني: إن الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف، والإتلاف تسبباً بالفعل في محل يقضي إلى تلف غيره عادة[2] وعلى هذا فإن الفعل يقسم إلى المباشرة والتسبب.

أما عن المباشرة فنجد أن حدها هو أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف أو الضرر مثال ذلك كما لو جرح إنسان آخر أو ضربه فمات من جراء الجرح أو الضرب.

أما حد التسبب هو أن يتصل أثر فعله بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، مثال ذلك: كمن حفر بئراً، ففعل الحفر هو الأثر المتصل بالواقع وهو العمق فإذا وقع إنسان في البئر فهو قد تلف به، أما حقيقته فقد اتصلت بالمكان لا بالواقع[3]. أما الإتلاف تسبباً فهو التسبب لتلف شيء كمن يحدث أمراً في شيء يقضي إلى تلف شيء آخر، تبعاً لما تجري به العادة، فالفاعل هنا هو المتسبب، مثاله أيضاً من يقطع حبل قنديل معلق فيسقط القنديل فينكسر، فهنا من قام بقطع الحبل كان مباشراً بالنسبة لقطعه.

وكسر القنديل كان تسبباً. وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف السمن، يكون قد أتلف الظرف مباشرة، والسمن تسبباً[4].

هذا وقد بحث الفقهاء، مفهوم الرابطة السببية ولعلهم وصلوا إلى مدلولها فصرحوا بأن المباشر يضمن مطلقاً وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي[5] وحقيقة الأمر عند الفقهاء أنه إذا اجتمع المباشر

---

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 887.

(2) بدائع الصنائع ج 7 ص 165.

(3) كشف الأسرار ج 4 ص 1269.

(4) مجلة الأحكام العدلية المادة 888.

(5) المصدر السابق المادة 92 و93.

والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[1] أي أن الرابطة السببية هو فعل المباشر. الذي أدى إلى النتيجة. مثال ذلك أنه لو حمل إنسان صبياً على دابة كان هذا سبباً للتلف، إن سقط منها، وهي واقفة وسارت بنفسها ضمنه عاقلة الحامل لأنه صار بمنزلة صاحب العلة، أما إن ساقها الصبي، بحيث يصرفها انقطع التسبب بهذه المباشرة الحادثة[2] ففي هذه الحالة الأخيرة انقطعت الرابطة السببية وبالتالي فينتفي الضمان والمسؤولية عن فعل الحامل المادي الذي حمل الصبي على الدابة. لأن الحامل بمنزلة صاحب العلة أي هو السبب في معنى العلة والعلة في هذا المثل فعل الدابة أو فعل الصبي فالضرر أو التلف إذ تكون علته فعل الصبي، أو فعل الدابة. تتحقق بالعلة الرابطة السببية، إذ الأصل أن يضاف الحكم إلى المباشر، فإذا تعذر إضافته إليه أضيف إلى المتسبب، وكذلك نجد في النصوص الفقهية أمثلة تقرر حكمها ومنها يتضح الرابطة السببية. ولو لم يستعملوا هذا المصطلح، فقالوا:

أمره بأخذ مال ضمن الآخذ لا الآمر، إذ الأمر لم يصح، وفي كل موضع لم يصح الأمر لم يضمن الآمر[3] ولا تعليل لهذا إلا أنهم اعتبروا أن المباشر الآخذ هو صاحب العلة، والآمر متسبب.

وكذا. لو فتح باب دار، فسرق آخر منه متاعاً لم يضمن الفاتح سرق عقب الفتح أو بعده[4].

هذا وإذا كان الفعل الضار بتحقق الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة يكون نتيجة للفعل الإيجابي، فقد نص الفقهاء في رحاب نصوصهم في الفقه الإسلامي على اعتبار الامتناع والترك والإهمال بالحفظ وما إلى ذلك

---

(1) مجلة الأحكام المادة 90.
(2) البغدادي مجمع الضمانات ص 203.
(3) جامع الفصولين ج 3 ص 78.
(4) جامع الفصولين ج 2 ص 84.

بمثابة الفعل المادي. لهذا فلا يشترط لصحة المساءلة أن يكون الفعل المسبب للضرر مادياً حتى تتحقق الرابطة السببية، بل إنه تبعاً لتحقق العلة والسبب يكتفي بالتسبيب ما دام يصدق عليه أنه تسبيب ولو كان سلبياً، لأن السلب كالإيجاب في الميزان الشرعي. باعتبارهما مناط تكليف ومتعلق بالوضع وإلى هذا أشار الإمام الغزالي في مسألة المطلوب بالتكليف بحيث نجد أنه يسري فيه بين الفعل والترك فيقول: «مسألة اختلفوا في المقضتي بالتكليف، والذي عليه أكثر المتكلمين، إذ المتقضي به الإقدام أو الكف، وكل واحد كسب العبد، فالأمر بالصوم أمر بالكف، والكف فعل يثاب عليه، والمقتضي بالنهي عن الزنا والشرب التلبس والقصد منه، وهو الترك، فيكون مثاباً على الترك الذي هو فعله..»[1].

هذا وهناك أضرار تتعدد أسبابها وتتسلسل نتائجها فما هي أحكام هذه المسائل؟.

أولاً: في تعدد الأسباب وعلاقتها بالرابطة السببية:

تقوم المسؤولية أحياناً على عدة أشخاص إذا اشتركوا في فعل ضار فالشريعة الإسلامية في هذه الحالة تجعلهم جميعاً مباشرين أو متسببين، أو يكون بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً فهناك إذاً حالتان:

الحالة الأولى:

أ ـ حالة ما إذا كان الجميع متسببين أو مباشرين في عمل واحد، فما هو الحكم في هذه الحالة؟ وهل تعتبر الرابطة السببية متحققة في هذه الحالة وحكمهم واحد في المسؤولية، في هذه الحالة اعتبر الفقهاء أن جميع هؤلاء مسؤولون وإن الضمان عليهم بالسوية، مثال ذلك كما لو اشترك جماعة في إطلاق النار على شخص متعمدين، ولم تعلم إصابة كل منهم،

---

(1) الإمام الغزالي المستصفي ج 1 ص 90.

ومات من ذلك، يقتص منهم، وفي ذلك ورد قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: «لو اشترك في قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» وقد أشير إلى ذلك في نصوص الحنفية فقالوا: «إنه يقتل جمع بمفرد أن جرح كل واحد جرحاً مهلكاً وإلا لا»[1].

ب ـ حالة ما إذا كانوا جميعاً متسببين أو مباشرين واختلف عملهم قوة وضعفاً. فما هو الحكم في هذه الحالة فاختلف فيها. وقد جاء في النصوص الفقهية ما يلي:

«حفر بئراً في الطريق، فجاء آخر وحفر طائفة في أسفلها. ثم وقع فيه إنسان ومات، في القياس يضمن الأول وبه أخذ محمد، وفي الاستحسان يجب الضمان أثلاثاً[2]. وكذا «لو حفر بئراً ثم جاء آخر ووسع رأسها، فسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهما أثلاثاً، قالوا: في تأويل المسألة أن الثاني وسع رأسها، بحيث يعلم الناس أن الواقع إنما وقع في موضع، بعضه من حفر الأول وبعضه منّ حفر الثاني، أما إذا وسع الثاني رأسها بحيث إنه إنما وقع موضع حفر الثاني. كان الضمان على الثاني، وإن لم يدر فالضمان عليهما قاضيخان»[3] وقالوا أيضاً:

«لو وضع رجل حجراً على الأرض بقرب البئر فتعثر فيها إنسان ووقع فهلك، فالدية على من وضع الحجر، كأنه ألقاه في البئر فمات»[4].

هذه الأمثلة المتقدمة توضح وجهات نظر الفقهاء في توزيع الضمان، على المشتركين في السبب بمعنى تحقق نسبة المسؤولية عليهم فأبو محمد رأى تضمين الحافر الأول، وعلة ذلك أن الحافر الأول وإن كان في الظاهر كالحافر الثاني في توليد الضرر، إلا أنه بمثابة الدافع إلى ما حفره الثاني. فالرابطة السببية إذن عنده محققة بالنسبة للأول فقط، وهذا كمن حفر بئراً

---

(1) تنوير الأبصار على هامش رد المحتار ج 5 ص 548.
(2) الطوري البحر الرائق ج 8 ص 397.
(3) المرجع السابق نفس الصفحة.
(4) المصدر السابق نفس الصفحة.

على قارعة الطريق فجاء إنسان ووضع في البئر سلاجاً، ثم جاء إنسان ووقع على السلاح، ومات من ذلك، فإن الضمان على الحافر ففي هذه الحالة نلاحظ أن الحافر وواضع السكين متسبب، غير أن الحافر، أقوى في السببية، إذ لولاه لما وقع على السكين، فهو كذلك بمنزلة الداقع، وبمنزلة صاحب العلة. على أن بعض الفقهاء رأوا من قبيل الاستحسان إيجاب الضمان في المثالين الأول والثاني أثلاثاً، ثلثاه على الأول في المثال الأول، وثلثاه على الثاني في المثال الثاني، إنما هو لأن كلا الحافرين متسبب في الوقوع، لكن في المثال الأول، الحافر الأول أقوى تسبباً من الثاني المتعمق في الحفر، وفي المثال الحافر الثاني الموسع في أعلى الحفرة أقوى تسبباً من الأول البادىء.

ويبدو من هذه الأمثلة في التصوير والتوجيه أن القياس عند الأحناف، هو الاعتداء بالسبب القوي الذي هو بمنزلة العلة عند اجتماع الأسباب وهو الرابطة السببية. بمعنى أن هذا السبب القوي هو السبب الفعال. أو المنتج أما من أخذ بالاستحسان في الاعتبار الأسباب التي أدت إلى الضرر جميعاً، يوزع الضمان عليها بحسب القوة والضعف، ولعلهم في نظرهم هذه بالأخذ بالاستحسان في توزيع الضمان ما فيه تحقق للعدالة الظاهرة، وذهب أيضاً الحنابلة بوجهة نظرهم بما يفيد الاختلاف أيضاً إذ نصوا على أنه:

«وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم، وإن وضع اثنان حجراً، وواحد حجراً فعثر بهما إنسان فهلك، فالدية على عواقلهم أثلاثاً في المذهب، وهو قول أبي يوسف، لأن السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم، وإذا اختلفت أفعالهم، كما لو جرحه واحد جرحين، وجرحه اثنان جرحين، فمات بهما. وقال زفر على الاثنين النصف، وعلى واضع الحجر وحده النصف، لأن فعله مساوٍ لفعلهما، وإن حفر إنسان بئراً، ونصب آخر فيها سكيناً، فوقع إنسان في البئر على السكين فمات، فقال ابن حامد، الضمان على الحافر، لأنه بمنزلة الدافع، وهذا قياس المسائل قبلها، ونص أحمد ـ رحمه الله ـ على أن الضمان عليهما،

قال أبو بكر: لأنهما في معنى «الممسك والقاتل، الحافر كالممسك، وناصب السكين كالقاتل، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة»[1].

تضامن الفاعلين في الأضرار:

المراد بالتضامن هنا أن الفاعلين هم الذين يضمنون الأضرار وغيرهم لا يضمن عملاً بالمبدأ المقرر أن المرء لا يؤخذ بجريرة غيره وإلى هذا يشير القرآن الكريم بقوله تعالى:

﴿ أَمْ لَمْ يُنَبَّأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ ﴿٣٦﴾ وَإِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ ﴿٣٧﴾ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾ ﴾[2] وتطبيقاً لهذه الآية الكريمة نجد أنه ألا يضمن أحد من المسؤولين إلا ما يصيبه من الضمان، ولا يتحمل بالتالي مسؤولية غيره أو ضمانه، وهذا ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية في الأصول والفروع مثال ذلك: «حصل التلف من فعلهما. انقسم الضمان بينهما»[3] وورد أيضاً أنه: لو شهد رجل وامرأتان، ورجعت المرأتان، غرمتا نصف المال بينهما نصفين، ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال، نصفه على الرجل وربعه على المرأة[4].

ونص المالكية على التضامن في باب الحرابة، على أن كل واحد من المحاربين يغرم جميع ما سلبوه بالحرابة. إذا جاء في مختصر خليل «وغرم كل عن الجميع مطلقاً»[5] فالضمان إذن قائم عندهم وقد نصوا على ضمان كل واحد منهم عن الجميع فقالوا: «إذا اجتمع القوم في الغصب والسرقة أو الحرابة، فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوه، لأن بعضهم قوي

---

(1) ابن قدامة المغني ج 9 ص 565.
(2) سورة النجم، الآية: 36 ــ 38.
(3) الكاساني بدائع الصنائع ج 7 ص 247.
(4) الكاساني البدائع ج 2 ص 287.
(5) مختصر خليل شرح الحطاب ج 6 ص 316.

ببعض، كالقوم يجتمعون على قتل رجل، فيقتل جميعهم به، وإن ولي القتل أحدهم، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو تمالآ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً، انتهى»

ـ الحالة الثانية:

هذه الحالة تتعلق بتحديد المسؤولية ونفيها، إذا تضافرت عدة عوامل في إحداث الضرر، وكانت هذه العوامل مختلفة بعضها مباشراً والآخر متسبباً فعلى من تقع المسؤولية في هذه الحالة وعلى من يترتب الضمان؟ من المسلم به في الشريعة الإسلامية أن الأصل تقديم المباشر على المتسبب، وذلك تبعاً للقاعدة الفقهية أنه «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[1].

وقد نص الشافعية على أنه:

«الأصل أن المباشر والسبب إذا اجتمعا كان حكم المباشر مقدماً على السبب كحافر البئر والدافع فيها»[2].

ويبدو أن معظم آراء الفقهاء متجهة نحو تقديم المباشر إذا اجتمع مع المسبب، وإلى هذا أشار الشوكاني فقال: قد ذهب بعض أهل العلم إلى أنه إذا مات الشخص بسبب ومباشرة يكون الضمان على المباشر فقط»[3] كما قدم القرافي أيضاً المباشر على المتسبب عند تعليله لتضمين الدافع في البئر دون الحافر[4] كما ذهب الحنابلة هذا المذهب إذ قال ابن رجب وهو من الحنابلة:

«إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق

(1) ابن نجيم الأشباه والنظائر ص 81.
(2) الخطابي معالم السنن شرح سنن أبي داود ج 4 ص 7.
(3) الشوكاني ــ نيل الأوطار ج 7 ص 64.
(4) القرافي الفروق ج 4 ص 27.

الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه»[1].

وجهات نظر الفقهاء من خلال تطبيقاتهم على تقديم المباشر على التسبيب:

أورد الفقهاء نصوصاً عديدة تعتبر تعبيراً عن وجهات نظرهم في تقديم المباشر على التسبيب فقالوا:

1 ـ من حفر بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها دابة إنسان فتلف، فالضمان على الحافر، ولو جاء إنسان فدفعه وألقاه في البئر، وهلك فالضمان على الدافع دون الحافر[2]، وكذلك لو ألقى شخص نفسه فيها عامداً لا يضمن الحافر[3].

في هذه الصورة اعتبر المسؤول هو من قام بالفعل الضار المباشر دون المتسبب.

2 ـ نص المالكية على تقديم المباشر على المتسبب فقالوا في مسألة التمييز في الضمان بين الحافر والمردي في الحفرة، فقدموا الحافر، إذ ورد النص. نقلاً عن ابن شاس «فإن رداه غيره فعلى المردي، تقديماً للمباشر عن التسبيب[4].

3 ـ من دل لصاً على مال إنسان فسرقه اللص، لا يضمن الدال، لأن دلالته تسبيب فقط وإنما يضمن السارق لأنه مباشر.

في هذه المسألة اعتبرت الرابطة السببية للفعل الضار بين التعدي والضرر هو فعل السارق لأنه هو المباشر[5].

---

(1) ابن رجب الحنبلي ـــ القواعد ص 285.

(2) محمد الطوري ـــ تكملة البحر الرائق لابن نجيم ج 8 ص 397.

(3) البغدادي مجمع الضمانات ص 180.

(4) محمد المواق ـ التاج الإكليل لمختصر خليل ج 5 ص 278.

(5) البغدادي مجمع الضمانات ص 153.

4 ـ من نقب حائطاً فغاب فدخل منه رجل فسرق، لا يضمن الناقب، وبه يفتي، ومرد ذلك أن فعل الناقب سبب، بينما فعل السارق مباشر[1].

5 ـ لو فتح فم بئر البرّ وتركه كذلك. حتى أخذ الآخر برّه، لا يضمن الفاتح.

6 ـ لو حل رباط دابة، أو فتح باب القفص فأخذ الدابة أو الطير آخر، لا يضمن الفاتح وفاقاً[2].

كل هذه الصورة نجد أن المباشر هو الضامن إنما هو المسؤول لأن الرابطة السببية محققة بين الفعل والنتيجة وهي تحقق الضرر الموجب للضمان.

على الرغم من هذه الصور التي قدم فيها الفقهاء المباشر على المتسبب في المسؤولية فقد أوردوا على ذلك استثناءات على هذه القاعدة. فقالوا بمعيار العلة، فنص الأصوليون على قاعدتين:

الأولى: الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى المسبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية[3].

الثانية: أن الأصل، إن السبب المحض لا يضاف إليه الحكم، ويضاف إلى السبب الذي في معنى العلة[4].

في ضوء هذا نجد أن الحكم في الأصل أن يضاف إلى السبب دون العلة إن تعذر الإضافة إلى العلة؛ بشرط أن يكون السبب في معنى العلة، بمعنى أنه يحقق أحياناً ضمان المتسبب وحده إذا كان السبب في معنى العلة، كما يتحقق ضمان المتسبب مع المباشر أحياناً.

وقد قال الزيلعي في توضيح هذه النظرة لتحقق الرابطة السببية على ما نعتقد.

---

(1) المرجع السابق ص 153.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

(3) عبد العزيز البخاري كشف الأسرار ج 4 ص 1302.

(4) المرجع السابق ص 1303.

(5) الزيلعي تبيين الحقائق ج 6 ص 150.

«إن المسبب إنما لا يضمن شيئاً مع المباشر، إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفرداه في الإتلاف، كما في الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء».

«أما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان، وهذا (أي ضمان السائق المسبب مع الراكب المباشر) منه فإن السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر، فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الإلقاء وجد التلف، بهما، فأضيف إلى آخرهما.

وعلى هذا يمكننا أن نسوق حالتين: حالة تضمين المتسبب وحده دون المباشر. وحالة تضمين المتسبب مع المباشر.

عن الحالة الأولى، تضمين المتسبب وحده دون المباشر.

هذه الحالة تعتبر المتسبب وحده هو المسؤول وإن الرابطة السببية متعلقة به، لكن هذا مشروط بأن يكون السبب يفيد معنى العلة، ويتعذر الإضافة إلى العلة، وفي هذه الحالة يقع الضمان على المتسبب وحده، إذ يتعذر الإضافة إلى المباشر بمعنى أنه لا يجوز تضمينه لانتفاء رابطة السببية بالنسبة إليه وبالتالي فهو غير مسؤول، والمثال على ذلك: أنه لو دفع إلى صبي سكيناً ليحمله له، فسقط السكين من يد الصبي فجرحه، ضمن في هذه الحالة الدافع لأن السبب هنا وهو الدافع في معنى العلة، والصبي غير مسؤول لانتفاء الرابطة السببية ولأنه لم يقصد إلى جرح نفسه، ومثال آخر على تضمين المتسبب وحده دون المباشر «لو شهد شاهدان بمال على آخر فحكم به الحاكم، وقبض المدعي المال، ثم رجعا عن شهادتهما، فإنهما يضمنان، سواء أكان المال ديناً أم عيناً، وذلك لأنه تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي الذي حكم بالمال، لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده، وتعذر استيفاؤه من المدعي، لأن الحاكم ماض، فاعتبر التسبب هنا[1] والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء

(1) البزدوي أصول الفقه ج 4 ص 1301.

(2) ابن عابدين الدر المختار ج 4 ص 613.

بشهادة، قبض المدعي المال أولاً، وكذلك العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة[1].

على أن الفقهاء نصوا على أنه «لا يضمن إن رش ما لا يزلق به عادة، أو توضأ واستوعب الماء بعض الطريق لا كله، فتعمد المار المرور عليه، أي على بعض الطريق الذي فيه الماء، مع إمكان أن لا يمر عليه، لأنه هو الذي خاطر بنفسه، فصار كمن وثب على البئر من جانب إلى جانب فوقع فيها، بخلاف ما إذا لم يعلم فوقع من غير علم. بأن كان المرور ليلاً، أو كان المار أعمى، فإنه يضمن[2].

حالة تضمين المتسبب مع المباشر:

في هذه تتعلق الرابطة السببية بالمتسبب والمباشر إذا كان السبب مما يعمل بانفراده وأورد الفقهاء مثالاً على ذلك بحالة ما إذا اجتمع على شأن قيادة الدابة راكب وسائق، فهنا الراجح عند الحنفية أن الضمان على السائق والراكب، لأن السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب[3] وكذلك مثلوا بتحقق الضمان على المباشر دون المسبب لعدم أهمية السبب بانفراده إذ لا يعمل شيئاً فقالوا: «لو أمسك بشخص فقتله آخر، لا يضمن عند الشافعية ولا الحنفية إلا القاتل لأن الرابطة السببية متعلقة بالقاتل، لأنه مباشر[4] ويقول المالكية، وإذا أمسك شخصاً ليقتله غير الممسك، ولولا إمساكه ما أدركه القاتل مع علمه أنه قاصد قتله، فقتله الطالب فيقتص منه لتسببه، كما يقتص من القاتل لمباشرته، وكذا الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه، قياساً على الممسك[5] ومرد ذلك أن الرابطة السببية متحققة في المتسبب والمباشر. فعليهما الضمان حقناً لدماء البرءاء، على

---

(1) الكمال بن الهمام ـ فتح القدير ج 6 ص 89.
(2) شيخ زاده عبد الرحمن مجمع الأنهر ج 2 ص 628.
(3) الزيلعي تبيين الحقائق ج 6 ص 150.
(4) أحمد الدردي الشرح الكبير على متن خليل ج 4 ص 245.
(5) الدسوقي على الشرح الكبير ج 4 ص 324.

أن الحنفية والشافعية لم يقولوا بقتل المتسبب في هذه الأحوال اختصار في إهدار الدماء بما فيها دماء المعتدين.

ولعل المالكية إذ قالوا بمسؤولية المتسبب والمباشر اشترطوا تحقق الرابطة السببية في الفعل ووجود الاتفاق على الفعل ففي مسألة النقب قالوا بعدم ضمان الناقب وبعدم قطع الآخذ، وقالوا: هذا إذا لم يتفقا، على أن أحدهما ينقب والآخر يخرج من الحرز، فإن اتفقا على ذلك يقطعان عند الاتفاق، وعليه قال ابن حاجب فلو نقب وأخرج غيره، فإن كانا منفقين قطعاً، وإلا فلا قطع على واحد منهما.

نخلص مما تقدم في هذه المسألة أن ضمان المتسبب مع المباشر مشروط عند الحنفية والشافعية بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده أما عند المالكية والحنابلة فقالوا لضمان المتسبب والمباشر بشرط أن تكون المباشرة مبنية على السبب، كما يقول ابن رجب بحيث إذا تخلفت السببية لذات العلة وبالتالي يكون السبب بمنزلة العلة، وعلى هذا الأساس تكون الرابطة السببية متعلقة في هذه الحالة بالمباشر والمسبب كما في حالات التآمر على القتل أو التعاون على السطو أو الاتفاق على السرقة. وإلى هذا أيضاً ذهب الأحناف في مسألة الوديعة فقالوا: إذا أدل الوديع السارق على الوديعة، فإنه يضمن كما يضمن السارق.

ثانياً: في تسلسل النتائج وتعلقها بالرابطة السببية:

هناك أحداث تترابط مع بعضها البعض وتعود في الحقيقة إلى فعل واحد، فالأضرار الذي تتحقق نتيجة للفعل الأول يضمن الفاعل لتحقق الرابطة السببية بين فعله وجميع النتائج التي أدت إليه لأنها أثر من فعله، وعلى هذا نص الفقهاء، على أنه «لو حمل حملاً في الطريق فوقع على شيء فأتلفه ضمن، لأنه أثر فعله، ولو عثر أحد بذلك الحمل ضمن، لأنه لم ينقطع أثر فعله»[1].

---

(1) ابن نجيم الأشباه والنظائر 81.

هذا ونص الفقهاء أيضاً على أنه «لو وقع حائط على الطريق بعد التقدم والإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات، أو تلف به مال، ضمن ذلك صاحب الحائط، وفي قول أبي حنيفة ومحمد، لأن النقض ملكه، فتفريقه عليه، وقال أبو يوسف، ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض[1]. فالعبرة لاتصال الرابطة السببية بالنتائج فحيث تتحقق بتحقق الضمان وإلا فلا، وضربوا مثالاً على ذلك فقالوا أيضاً: «لو سقط حائط إنسان على حائط آخر، فسقط الحائط الثاني على رجل نقتله، ضمن صاحب الحائط الأول، لأن تسبب حائطه لم ينقطع. وإن عثر إنسان بتراب الحائط الثاني، لا يضمن الأول لأن التفريغ ليس عليه، ولا الثاني، إلا إذ علم بسقوط حائطه، ولم ينقل ترابه في مدة تسع النقل ومثلوا أيضاً بتسلسل السببية الموجبة للضمان بقولهم:

«لو أشهد على حائطه بالميل، فلم ينقضه صاحبه حتى سقط، فقتل إنساناً، ثم عثر بنقضه، وعثر آخر بالقتل، وعطبا، كان ضمان القتيل الأول وعطب الثاني على صاحب الحائط الأول، لأن الحائط ونقضه مسؤولان منه، أما التلف الحاصل بالقتيل الأول فليس عليه، لأن نقله ليس مسؤولاً عنه[2] ومرد ذلك أن تسلسل السببية توجب الضمان على صاحب السبب الأول، إذا بقي معنى تسببه في السبب الأخير، أما إذا انقطع وأضيف الضرر إلى غيره فإنه لا يضمن[3].

إثبات السببية وأثرها على المسؤولية:

إن إثبات السببية إنما هو إثبات للمسؤولية، والادعاء بالضرر يقتضي من المدعي إثبات التعدي، أي إثبات الفعل الضار، بخطأ من الفاعل، بمعنى أن يثبت المدعي إن تعدى المدعي عليه كان سبباً في إضراره، وفي

(1) الطوري تكملة البحر الرائق. ج 8 ص 904. وكذا ابن عابدين الدر المختار ج 5 ص 591.
(2) ابن عابدين رد المختار ج 5 ص 592.
(3) محمد شلتوت المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية ص 428 و429.

هذا تطبق قاعدة البيّنة على المدعي أي أن على المضرور أن يثبت أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة بسبب الفاعل وتعديه فإذا أثبت ذلك وجب الضمان على الفاعل.

أما طريق الإثبات فهو طريق مطلق وهذا الطريق لا يقيد القاضي بنوع معين من البيّنات بل له أن يقبل جميع طرق الإثبات أي أن يقبل أي حجة تؤيد دعواه ومن أنصار هذا إطلاق البيّنات ابن قيم الجوزية.

أما الآخرون فقد ذهبوا إلى أن طرق الإثبات محددة ومحصورة في طائفة معينة وهي البيّنة، والإقرار، واليمين، والنكول، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.

هذا ويقول الأستاذ محمد شلتوت في هذا الخصوص، والقاعدة العامة للبيّنات أنها لإثبات خلاف الظاهر، فمن جمح به فرسه فأتلف إنساناً حال جموحه وأنكر أولياء الدم الجموح وعدم قدرته على المنع كلف إثبات عجزه عن المنع لتحقق سبب الضمان، وحصول الشك فيما ينافيه. والأولياء ينكرون المنافي، وهو يدعيه والأصل عدمه، والبيّنات لإثبات خلاف الظاهر وخلاصة هذا أن المدعى عليه بالضرر يثبت أن الضرر لم يكن من جهته، إنما كان بفعل المضرور أو بفعل الغير أو نتيجة قوة قاهرة.

ويبدو أن قاعدة البيّنة على المدعي «لا تؤثر علينا في هذا المقام، لأن المدعي فيها يشمل مدعي الضمان، ومدعي سبب البراء منه عند تحقيق السبب. قال الفقهاء: إذا ادعى المدين قضاء الدين أو إبراء الطالب، فإن القول قول الطالب، لأن المدين لما ادعى القضاء أو الإبراء صار كأنهما اتفقا على أن الدين كان ثابتاً، وبذلك كان شغل الذمة هو الأصل، والمدين يدعي خلافه، والطالب ينكر والبيّنة على من يدعي خلاف الأصل وهو المدعى عليه الأصلي»[1].

هذا ولما كان إثبات الخطأ في كثير من الأمور العلمية يصعب إن لم

---

(1) محمد شلتوت المسؤولية المدنية والجنائية ص 434 و435.

نقل يستحيل على المضرور إثباتها كأن يكلف المريض مثلاً بإثبات خطأ الطبيب وتعديه، لهذا كان من العدالة أن ينقل عبء الإثبات من المضرور إلى المتدخل الفاعل وهو الطبيب سواء في وصف الدواء أو في التشخيص أو في التدخل الجراحي، بحيث يثبت الطبيب لنفي خطئه أن الضرر الناجم للمريض كان بفعل المضرور، أو بسبب أجنبي، أو بقوة قاهرة، وهذا ما ذهبنا إليه عند وضعنا لقانون المسؤولية الطبية في الجماهيرية العربية الليبية المعمول به الآن ويبدو أنه متوافق مع نظرة الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص[1].

انتفاء المسؤولية بانتفاء الرابطة السببية

علمنا فيما تقدم حالات المسؤولية والضمان على أن هناك حالات يعفى المرء من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر لم يكن بفعله إنما كان بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو أن التعدي كان بخطأ المجني عليه المتضرر، أو أن التعدي والضرر كان بفعل شخص ثالث، ويحسن بنا أن نستعرض هذه الحالات التي ينتفي معها الضمان لانتفاء المسؤولية.

الحالة الأولى: القوة القاهرة:

هذه الحالة عبر عنها الفقهاء بالآفة السماوية وهي أمر عارض خارج عن طاقة الإنسان أو تدخله كما يستعمل الفقهاء إلى جانب هذا التعبير أحياناً لفظ الفجأة[2] والمقصود بالفجأة هو وجود الأثر مع انعدام االعلّية أو السببية من الإنسان، فإذا قيل مثلاً «مات في يده فجأة» أي أنه مات دون أي علة من أي شخص، وبهذا يكون الحادث الفجائي، والآفة السماوية لفظان لمعنى واحد. . .

وعلى هذا فمن تلف نتيجة الحر الشديد أو البرد القارس لا يوجب

---

(1) راجع قانون المسؤولية الطبية في الجماهيرية العربية الليبية.

(2) مجمع الأنهر ج 2 ص 648.

الضمان، وبهذا فقد نص الفقهاء على أنه لو ذهب شخص بصبي حر بغير إذن من أهله، فمات في يده فجأة أو بمرض، لا شيء عليه، لأن الموت ليس بفعله، أما لو مات بصاعقة أو نهش حية، فديته على عاقلته، لتسببُه بنقله إلى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجأة أو بحمى، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى مكان تغلب فيه الحمى والأمراض كالطاعون وغيره، فإنه يضمن بقتله بالنقل تسبيباً».

وكذا قيل بالضمان في هذا الصدد «لو وضع شخص جمرة في طريق فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئاً لم يضمن الواضع، وكذا لو وضع في طريق لا يملكه شيئاً فتلف به شيء ضمنه، ولو زال ذلك الشيء إلى موضع آخر فتلف به شيء برىء واضعه. وكذا نصّ على أنه «لو هبت الريح فحملت ناراً وألقتها على البندقية فانطلق منها البارود لا ضمان فيما أتلفته»[1].

يبدو من هذه الأمثلة أن التكيف للأضرار بها حصلت بقوة قاهرة أي بآفة سماوية كل هذا إذا لم يثبت أي تقصير أو تدخل من أي فاعل أو متعدٍ.

الحالة الثانية: ثبوت الضرر بخطأ المضرور وتعديه:

في هذه الحالة يكون الضرر بسبب المضرور وبالتالي فلا مسؤولية ولا ضمان على الغير لأن الفعل الضار كان بفعل المضرور نفسه، مثال ذلك لو حفر رجل بئراً في الطريق وتعمد شخص أن يلقي نفسه فيها فلا مسؤولية على الحافر كما لا ضمان عليه، لأن المباشر قد طغى بفعله على المتسبب ونسخه.

وكذلك نص الفقهاء على أنه «لو ضرب دابة أو نخسها، فنفحته فمات، فدمه هدر، لأنه بمنزلة الجاني على نفسه»[2].

---

(1) حاشية الرملي على جامع الفضولين ج 2 ص 89.

(2) السرخسي ـ المبسوط ج 27 ص 51.

وكذا من قدم إلى آخر ولو كان صبياً سكيناً، فوجأ به نفسه، لا يضمن الدافع لتخلل فعل الفاعل المختار وهو قصد الصبي قتل نفسه. وبين السبب وهو الدفع وبين الحكم وهو الوج»[1].

وكذلك لو أجرى طبيب عملية جراحية لمريض ثم لعب المريض في الجرح فالتهب وألحق به ضرراً فلا مسؤولية على الطبيب لأن الضرر كان بفعل المضرور، وهكذا فإذا حصل تدخل من المضرور بخطئه فتنتفي بذلك المسؤولية عن التسبب لطغيان المباشر.

الحالة الثالثة: ثبوت الضرر بخطأ الشخص الثالث وتعديه:

في هذه الحالة تنتفي المسؤولية عبر المتسبب أيضاً مثال ذلك كما مر معنا سابقاً أنه لو فتح شخص باب قفص وسرق الآخر الطائر منه فلا مسؤولية على الفاتح بل الضمان على السارق لأنه مباشر، وكذلك من لو فتح أحد رأس زق فيه شيء جامد، وقرب إنسان النار من هذا الشيء، فذاب بتأثير الحرارة واندفق، لم يكن الضمان على فاتح الزق، بل على مضرب النار، لأنه باشر شيئاً أقوى من تسبب الفاتح[2] وفي هذا تطبيق لقاعدة تقديم المباشر على المتسبب، وهكذا نجد أن السبب الأجنبي الذي يتدخل بخطئه أو تعديه ويلحق ضرراً فهو الضامن للمجني عليه لأن العلة هو فعله مثال ذلك لو قاد شخص سيارته بسرعة فعمد شخص آخر إلى عدوله كان ماراً فدفعه أمام السيارة فدهسته، فالضمان هنا على الدافع وهي العلة في الوفاة. وهكذا نجد هنا أن العلة ترجع إلى السبب الأجنبي وهو تعدي الشخص الثالث. فالحكم هنا يضاف إذن إلى العلة.

تم بعون الله

---

(1) البزدوي ـ أصول الفقه ج 4 ص 1301.

(2) الرافعي ـ فتح العزيز وشرح الوجيز طبع بذيل كتاب المجموع للنووي ج 11 ص 345.

ثبت بأهم المراجع

1 ـ ابن جزي: محمد بن أحمد بن محمد، **القوانين الفقهية**.

2 ـ ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد، **المحلي**.

3 ـ ابن حجر الهيثمي: شهاب الدين أحمد بن حجر، **فتح المبين بشرح الأربعين**.

4 ـ ابن رشد: الحفيد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**.

5 ـ ابن رجب الحنبلي: **القواعد**.

6 ـ ابن السمين: أحمد بن يوسف بن عبد الدائم الحلبي، **عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ ـ تحقيق د. عبد السلام التونجي**.

7 ـ ابن الشحنة: إبراهيم محمد الشحنة، **لسان الحكام في معرفة الأحكام**.

8 ـ ابن عابدين: محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار**.

9 ـ ابن عابدين: محمد أمين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية**.

10 ـ التونجي: عبد السلام بن أحمد، **مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية**.

11 ـ التونجي: عبد السلام بن أحمد، **المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة والقانون**.

12 ـ ابن قدامه: أحمد بن محمد، **المقنع**.

13 ـ ابن قدامه: أحمد بن محمد، **المغنى في مختصر الخرقى**.

14 ـ البابرتي: محمد بن محمود، **العناية شرح الهداية**.

15 ـ البيهوتي: منصور بن يونس، **كشاف القناع على متن الإقناع**.

16 ـ البزدوي: فخر الإسلام، **أصول البزدوي**.

17 ـ البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد، **مجمع الضمانات**.
18 ـ البدوي بهجت: **أصول الالتزام**.
19 ـ جندي: عبد الملك، **الموسوعة الجنائية**.
20 ـ الحصني: علاء الدين، **إفاضة الأنوار على أصول المنار**.
21 ـ الحصاري: مصطفى الكوز، **منافع الوقائع في شرح مجامع الحقائق**.
22 ـ الحمزاوي: محمود، **الفوائد البهية في القواعد الفقهية**.
23 ـ الحموي: أحمد بن محمد، **غمزة عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر**.
24 ـ خسرو: منلا، **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**.
25 ـ الخضري: محمد، **تاريخ التشريع الإسلامي**.
26 ـ الخفيف: علي، **الضمان في الفقه الإسلامي**.
27 ـ الخفيف: علي، **الحق والذمة**.
28 ـ الخفيف: علي، **أحكام المعاملات**.
29 ـ الدريني: فتحي، **نظرية التعسف باستعمال الحق**.
30 ـ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**.
31 ـ الرافعي: ابن القاسم عبد الكريم محمد بن عبد الكريم القزويني، **فخ العزيز شرح الوجيز للغزالي**.
32 ـ الرازي: فخر الدين، **مفاتيح الغيب التفسير الكبير**.
33 ـ رشيد: محمد رشيد رضا، **تفسير المنار**.
34 ـ الرملي: شمس الدين، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**.
35 ـ الرملي: خير الدين، **الفتاوي المهدية**.
36 ـ الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي، **تبيين الحقائق**.
37 ـ الزرقا: مصطفى، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**.
38 ـ السرخس: شمس َالدين، **البسوط شرح الكافي**.
39 ـ السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، **الأشباه والنظائر**.

40 ـ السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، **الجامع الصغير**.
41 ـ السبكي: عبد اللطيف ورفقاه، **تاريخ التشريع الإسلامي**.
42 ـ السمعاني: حسين بن محمد، **خزانة المتقين مخطوط مكتبة الأسد**.
43 ـ السنهوري: عبد الرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**.
44 ـ الشرقاوي: عبد الله، **حاشية على شرح التحرير لزكريا الأنصاري**.
45 ـ الشاطبي: إبراهيم اللخمي أبو إسحاق، **الموافقات**.
46 ـ شلتوت: محمد، **الإسلام عقيدة وشريعة**.
47 ـ شلتوت: محمد، **المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية**.
48 ـ الشوكاني: محمد، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**.
49 ـ الشافعي: محمد، **الأم**.
50 ـ شحادة: شفيق، **النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية**.
51 ـ الشعراني: عبد الوهاب، **الميزان**.
52 ـ الشلبي: شهاب الدين أحمد، **على حاشية تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**.
53 ـ الصدة: عبد المنعم فرج، **مصادر الالتزام**.
54 ـ صبري: مصطفى، **موقف البشر تحت سلطان القدر**.
55 ـ صدر الشريعة: عبيد الله بن مسعود، **التنقيح**.
56 ـ الطرابلسي: علاء الدين، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**.
57 ـ عبد السلام: عز الدين، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**.
58 ـ عبد الواحد: علي، **مشكلات المجتمع المصري والعالم العربي**.
59 ـ العباسي: محمد مهدي، **الفتاوى المهدية**.
60 ـ العيني: محمود، **عمدة القارىء شرح صحيح البخاري**.
61 ـ الغزالي: أبو حامد، **المستصفى**.
62 ـ الغزالي: أبو حامد، **الوجيز**.
63 ـ القرافي: أحمد بن إدريس الصهناجي، **الذخيرة**.
64 ـ ابن قيم: أبو عبد الله محمد، **الطرق الحكمية في الساسة الشرعية**.

65 ـ ابن قيم: أبو عبد الله محمد، **زاد المعاد.**
66 ـ القرشي: محمد بن محمد، **معالم القربة في أحكام الحسبة.**
67 ـ القنوجي: بشير الدين، **كشف المبهم مما في المسلم.**
68 ـ قاضيخان: محمود الآدز جندي. **الفتاوي الخانية لنفع البرية.**
69 ـ قدري باشا: محمد، **مرشد الحيرات إلى معرفة أحوال الإنسان.**
70 ـ قدري باشا: محمد، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.**
71 ـ الكاساني: علاء الدين، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.**
72 ـ المواقد: محمد بن يوسف العبدري، **التاج الإكليل لمختصر خليل.**
73 ـ منلا مسكين: معين الدين الهروي، **شرح على كنز الدقائق.**
74 ـ الماوردي: علي بن محمد حبيب أبو الحسن البصري، **الأحكام السلطانية.**
75 ـ الميداني: عبد الغني، **اللباب في شرح الكتاب.**
76 ـ المحمصاني: صبحي، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية.**
77 ـ الأنصاري: زكريا، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب.**

الفهرس

الباب التمهيدي

الشريعة الإسلامية 8

نظرة الفقه الإسلامي في الفتوى والرأي 10

الالتزام في الشريعة الإسلامية 13

الذمة في الفقه الإسلامي وعلاقتها بالمسؤولية 15

معنى الالتزام 17

تعريف الالتزام في الشريعة الإسلامية 18

عناصر الالتزام في الشريعة الإسلامية 20

مصادر الالتزام أو الحق الشخصي 20

أولاً: العقد 21

ثانياً: الإرادة المتفردة 23

ثالثاً: الإثراء بلا سبب 24

رابعاً: إلزام الشارع 27

خامساً: العمل غير المشروع أو الفعل الضار إثره على الحقوق 28

1 ـ حق الله 28

2 ـ حق العبد 29

عقوبة الإخلال بحق الله وهي عقوبة عامة 29

1 ـ الحد 30

2 ـ التعزير 30

3 ـ الكفارة 30
4 ـ الحرمان من الميراث 31
عقوبة الإخلال بحق العبد وهي عقوبة خاصة 31
أ ـ القتل 32
ب ـ الجناية عمداً ما دون النفس 32
1 ـ التعزير 31
2 ـ القصاص 31
3 ـ الإرش 32
4 ـ حكومة العدل 33

الباب الأول

الإنسان والمسؤولية

إرادة الله وإرادة الإنسان 39

الفصل الأول

المسؤولية معناها وشمولها

المسألة التي تتعلق بالعقيدة والعبادات وغيرها 49
أ ـ الإيمان 54
ب ـ العبادات 54
ج ـ الزكاة 54
د ـ الطهارة 55
هـ ـ الطيبات 55
و ـ الجهاد 55
ز ـ النسل 55
ح ـ العقود 56
د ـ العقوبات 56

ى ـ الإرث 56
ميزات الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالمسؤولية حماية للفرد والمجتمع .. 59
مقاصد الشريعة 62
أولاً: الضروريات 63
ـ المحافظة على الدين 64
ـ المحافظة على النفس 65
ـ المحافظة على العقل 66
ـ المحافظة على النسل 67
ـ المحافظة على المال 67
ثانياً: الحاجيات 68
ثالثاً: التحسينات 69

الفصل الثاني

أنواع المسؤولية

نظرة الشريعة الإسلامية في تقسيم المسؤولية 73
التفرقة بين أنواع المسؤولية في الشريعة الإسلامية 78
استعمال الفقهاء للفظ التقصير 83
1 ـ القتل نتيجة التقصير 83
2 ـ الضمان بسبب التعدي 83
3 ـ الضمان شرط التفريط 83
4 ـ ضمان العداية على صاحبها إن هلكت بغير تعد 83
معيار التفرقة في المسؤوليتين النقدية والتقصيرية 83
الفارق الأول في الأهلية 84
الفارق الثاني في التعويض 85
الفارق الثالث في التضامن 85

الفصل الثالث

1 ـ أسباب الضمان 89

الفصل الرابع

تأهيل المسؤولية في الشريعة الإسلامية

أولاً: في القرآن 97

ثانياً: في السنة 99

ثالثا: في الفقه الإسلامي 100

1 ـ في تلف المنافع 101

2 ـ في إتلاف العين العائدة للذميين 102

3 ـ في الإستيلاء القهري ووجوب الضمان 102

4 ـ في التقصير في الحفظ والرعاية 103

5 ـ في مسؤولية الأجير المشترك عما تلف بغير فعله 103

6 ـ في اجتماع حق الله وحق العبد ونفاذ أحدهما يسقط الآخر .. 104

7 ـ في الاضطرار والدفاع عن النفس لا يبطل حق الغير لانتفاء المسؤولية 104

الفصل الخامس

أسباب المسؤولية المدنية

السبب الأول: في إلزام الشارع 107

السبب الثاني: في الالتزام 108

في ضمان العقود 109

مدلول ضمان العقد ومقداره 111

فيصل التفرقة في وجوب الضمان 112

المسؤولية والعقود التي تقتضي الضمان 113

المسؤولية عن الضمان في عقد البيع 114

المسؤولية عن الضمان في عقد الإجارة 115
المسؤولية بضمان المهر في عقد النكاح 117
المسؤولية بضمان عقد العارية 118
المسؤولية بضمان الصلح 119
المسؤولية بضمان الكفالة 119
المسؤولية في ضمان النيابة 119
مسؤولية صاحب العلو في ضمان ما ينفقه صاحب السفل 121
المسؤولية بضمان الرهن المستعار 122
مسؤولية الدين بقضاء دينه من الغير دون إذنه 122
السبب الثالث: الفعل الضار لسبب إيجابي أو لسبب سلبي 127
حق السبب الإيجابي 127
حق السبب السلبي 128
حق التقصير المسبب للمسؤولية 130
تسلسل السبب وأثره في السبب الأخير 132

الباب الثاني

عناصر المسؤولية

الفصل الأول

التعدي

معيار التعدي 144
التعدي وموقعه من التسبب وأحوال المباشرة 145
التعدي شرط في السبب لا في المباشرة 147
أ ـ الإتلاف بالتسبب تعمداً أو خطأ 148
ب ـ الإتلاف بالتسبب تقصيراً 149
ج ـ الإتلاف بالتسبب عن عدم الاحتراز 149

1 ـ مسائل تتعلق بالطريق العام 149
2 ـ مسائل تتعلق بالإتلاف تسبباً بالماء والنار 150
3 ـ مسائل تتعلق بالإتلاف بسبب البئر 151
ـ الإتلاف بسبب الجهل في الحرف 153

الفصل الثاني

المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية

أثر التعدي الطيب وخطأه في الشريعة الإسلامية 155
خطأ الطبيب 164
الغلط العلمي 170
ضبط معيار خطأ الطبيب 171
تدرج خطأ الطبيب وجسامته في العصر الحاضر 176
تدرج الخطأ في الفقه الإسلامي 180
إباحة التطبيب ورفع المسؤولية في الشريعة الإسلامية للأطباء والملحقين بهم 184
تعليل رفع المسؤولية 185
رفع المسؤولية عن الملحقين بالأطباء 188
ضمان الفصاد 189
ضمان الحجام والبزاغ 190
ضمان الكحال 190
في أنواع التعدي الخطأ 191

الفصل الثالث

ركنا الخطأ ومعيارة

الركن الأول: التعدي .. 195
ركن التعدي في الشريعة الإسلامية 196

صور انطباق معيار التعدي والاستشارات الواردة عليه 199
أ ـ صور التطبيقات في معيار التعدي 199
أولاً: انطباق المعيار على الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي 199
ثانياً: انطباق معيار التعدي على الخطأ العمد وخطأ الإهمال 199
ثالثاً: انطباق معيار التعدي على الخطأ الجسيم والخطأ اليسير 200
رابعاً: انطباق معيار التعدي على الأطباء والجراحين 200
خامساً: **انطباق معيار التعدي على النقل بالمجان** 201
ب ـ الاستثناءات التي تجعل التعدي سائغاً ولا توجب الضمان 203
أولاً: حالة الدفاع الشرعي 203
1 ـ حالة الدفاع الشرعي عن النفس 204
2 ـ حالة الدفاع الشرعي عن العرض 204
3 ـ حالة الدفاع الشرعي عن المال 208
ثانياً: حالة الضرورة 210
1 ـ في ضرورة الغذاء من جوع وعطش 212
2 ـ ضرورة الدواء 214
3 ـ الضرورة والإكراه 215
النوع الأول: الإكراه على شرب الخمر وعلى السرقة 215
أ ـ الإكراه على شرب الخمر 215
ب ـ الإكراه على السرقة 215
النوع الثاني: الإكراه على الكفر وعلى إتلاف المال 216
أ ـ الإكراه على الكفر 216
ب ـ الاكراه على إتلاف المال 216
النوع الثالث: الإكراه على القتل والإكراه على الزنا 217
أ ـ الإكراه عل القتل 217
ب ـ الإكراه على الزنا 217

إثر الإكراه في التصرفات 218
ـ التصرفات التي لا تحتمل الفسخ 219
ـ التصرفات التي تحتمل الفسخ 220
ـ ضبط معيار الضرورة 221
أثر الضرورة 223
الركن الثاني ـ الإدراك والتمييز 225

الفصل الرابع

المسؤولية التعسفية

ـ الحق منحة 229
ـ الحق مقيد لا مطلق 230
آثار التعسف باستعمال الحق من خلال الاجتماعات الفقهية 232
أولاً: نظرية الحق المطلق في استعماله 233
ثانياً: النظرية المادية وأثرها في سوء استعمال الحق 235
ثالثاً: النظرية المعنوية وقصد الإضرار في استعمال الحق 240
رابعاً: النظرية الاجتماعية لسوء استعمال الحق 242

الفصل الخامس

الضرر

ماهية الضرر وأقسامه في الشريعة الإسلامية 252
ـ اختلاف الضمانات باختلاف صور الضرر 256
ـ الضمان في تفويت المصلحة العامة 257
ـ المسؤولية عن الضرر الأدبي 258
التعزير بمقابل مالي 260

التعويض عن الضرر الأدبي وانتقاله إرثا 264
في شروط الضرر بوجوب الضمان 266

الفصل السادس
رابطة السببية

- السبب والعلة عند الفقهاء 270
المباشرة والتسبب 271
أولاً: تعدد الأسباب وعلاقتها بالرابطة السببية 273
- تضامن الفاعلين في الإضرار 276
- وجهات نظر الفقهاء من خلال تطبيقاتهم على تقديم المباشر على التسبب 278
- حالة تضمين المتسبب مع المباشر 281
ثانياً: تسلسل النتائج وتعلقها بالرابطة السببية 282
- إثبات السببية وأثرها على المسؤولية 283
- انتفاء المسؤولية بانتفاء الرابطة السببية 285
الحالة الأولى: القوة القاهرة 285
الحالة الثانية: ثبوت الضرر بخطأ المضرور وتعديه 286
الحالة الثالثة: ثبوت الضرر بخطأ الشخص الثالث وتعديه 287

«الكتب التي صدرت للمؤلف»

1 ـ العقيدة في القرآن.
2 ـ الإيمان باليوم الآخر.
3 ـ الإيمان بالأنبياء والرسل (النبوة والوحي).
4 ـ الإيمان بالقضاء والقدر.
5 ـ المرأة في القرآن.
6 ـ الشريعة الإسلامية في القرآن 3 أجزاء.
7 ـ موانع المسؤولية الجنائية.
8 ـ التعاقد بين الغائبين في الشريعة.
9 ـ مسؤولية الطبيب في الشريعة والقانون.
10 ـ الخصومة والقضاء.
11 ـ مصادر الالتزام.
12 ـ مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية.
13 ـ مؤبسة العدالة في الشريعة الإسلامية.
14 ـ الأخلاق في الشريعة الإسلامية.
15 ـ الإيمان والدين في القرآن.
16 ـ المحرمات في القرآن.
17 ـ أحكام وحدود في القرآن.
18 ـ العبادة في القرآن.
19 ـ الاجتماعيات في القرآن.
20 ـ عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ تعليق وتحقيق.
21 ـ محمد ﷺ في القرآن.
22 ـ الله تبارك وتعالى أسماؤه وصفاته جزءان.
23 ـ مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية.

